

# **SUI-GENERIS BESKYTTELSE AV DATABASER**

Kravet til "vesentlig investering" i åndsverkloven § 43

Kandidatnummer: 346

Veileder: Ole-Andreas Rognstad

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17.972 ord

01.05.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Tema</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Behovet for databasevern</b>	<b>2</b>
<b>1.3</b>	<b>Databasedirektivet</b>	<b>3</b>
<b>1.4</b>	<b>Rettslig plassering</b>	<b>5</b>
1.4.1	Åndsverkloven § 43	5
1.4.2	Sui-generis retten	6
1.4.3	Innføringen av sui-generis vernet i norsk rett	10
1.4.4	Forholdet mellom opphavsrettslig beskyttelse og sui-generis beskyttelse av databaser	12
<b>1.5</b>	<b>Rettskildesituasjonen</b>	<b>14</b>
1.5.1	EØS-rettslig regel	14
1.5.2	De norske rettskildene	14
1.5.3	Direktivet	15
1.5.4	EF-domstolens avgjørelser	17
<b>1.6</b>	<b>Forholdet mellom beskyttelsesbetingelsene og inngrepsvurderingen</b>	<b>18</b>
1.6.1	Innledning	18
1.6.2	Kvantitative vurderingen	20
1.6.3	Den kvalitative vurderingen	21
<b>1.7</b>	<b>En oversikt over fremstillingens temaer</b>	<b>22</b>
<b><u>2</u></b>	<b><u>INVESTERINGER KNYTTET TIL INNSAMLING, KONTROLL OG PRESENTASJON</u></b>	<b><u>24</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Databasebegrepet</b>	<b>24</b>
<b>2.2</b>	<b>Investering</b>	<b>26</b>

<b>2.3</b>	<b>Investeringer knyttet til innsamling av databasens innhold</b>	<b>27</b>
2.3.1	Tolkningsproblemet	27
2.3.2	Informasjon som gjenstand for vern	28
2.3.3	Sole-source databaser	30
2.3.4	Skillet mellom produksjon og innsamling	39
<b>2.4</b>	<b>Investeringer knyttet til kontroll av databasens innhold</b>	<b>43</b>
2.4.1	Språklig forståelse av begrepet	43
2.4.2	Generaladvokatens tolkning	44
2.4.3	EF-domstolens tolkning og resultat	44
<b>2.5</b>	<b>Investeringer knyttet til presentasjon av databasens innhold</b>	<b>45</b>
2.5.1	Språklig forståelse av begrepet	45
2.5.2	Er investeringer i markedsføring knyttet til presentasjon av databasens innhold?	46
2.5.3	Generaladvokaten og EF-domstolens tolkning	47
<b>2.6</b>	<b>Kommentarer til EF-domstolens avgjørelser</b>	<b>48</b>
2.6.1	Formålsbetraktninger	48
2.6.2	Skillet mellom uttalelsene til EF-domstolen og Generaladvokaten	48
2.6.3	Sole-source produsenter, kravet om "selvstendige investeringer" og informasjonsmonopol – et skille mellom "grunndata" og "videreforedlet" data?	49
<b>2.7</b>	<b>Avgjørelse fra den engelske høyesterett (appellretten) i William Hill-saken</b>	<b>51</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>VESENTLIG INVESTERING VURDERT KVALITATIVT OG KVANTITATIVT</u></b>	<b><u>53</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Vurderingstemaet</b>	<b>53</b>
<b>3.2</b>	<b>Investeringer vurdert kvantitativ og kvalitativt</b>	<b>53</b>
3.2.1	Kvantitative vurderinger	53
3.2.2	Kvalitative vurderinger	54
<b>3.3</b>	<b>Hvor mye investeringer er vesentlige?</b>	<b>58</b>
3.3.1	En rettslig standard	58
3.3.2	Målestokken	59
<b>3.4</b>	<b>Vesentlighetskravet</b>	<b>60</b>

3.4.1	Innsamling, kontroll og presentasjon	60
3.4.2	Ordet vesentlig	61
3.4.3	Fortalens betraktning 19	62
3.4.4	De tilstøtende rettighetene	63
3.4.5	Formålsbetraktninger	64
3.4.6	Rettstekniske hensyn	65
3.4.7	Teorien	65
3.4.8	Konklusjonen	65
<b><u>4</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>ANDRE KILDER</u></b>	<b><u>4</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u></b>	<b><u>7</u></b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema

Denne fremstillingen vil behandle hva som ligger i kravet til ”vesentlige investeringer” for vern av databaser i åndsverkloven § 43.<sup>1</sup>

Åndsverkloven § 43 gir vern til ”den som frembringer et formular, en katalog, en tabell, et program, en database eller lignende arbeid som sammenstiller et større antall opplysninger, eller er resultatet av en vesentlig investering”. Bestemmelsen gir frembringeren en ”enerett til å råde over hele eller vesentlige deler av arbeidets innhold ved å fremstille eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten.”

Kravet til vesentlig investering kom inn i åndsverkloven § 43 som et resultat av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen<sup>2</sup> til å gjennomføre databasedirektivet<sup>3</sup> i norsk rett.

Bestemmelsen om vern av databaser som er et resultat av vesentlig investering finner man i direktivets artikkel 7.1. Rettigheten kalles ”sui-generis” retten, som betyr ”rett av sitt eget slag”. Direktivet oppstiller kun krav om vesentlig investering som vilkår for vern, i motsetning til den norske bestemmelsen, som i tillegg beskytter databaser som ”sammenstiller et større antall opplysninger”.

Databaser er elektroniske og ikke-elektroniske arkiv. De inneholder en samling data, hvor innholdet kan identifiseres og hentes ut ved hjelp av særskilte hjelpemidler. Selv om databasebegrepet også betegner de ikke-elektroniske databasene, er begrepet mest

---

<sup>1</sup> Åndsverkloven, lov av 12. mai 1961 nr. 2 (åvl)

<sup>2</sup> lov av 27 nov 1992 nr. 109, EØS-loven

<sup>3</sup> 96/9/EØF

forbundet med de elektroniske databasene. Databasebegrepet vil behandles i mer detalj i kapittel 2.1.

Hensikten med sui-generis vernet er å gi fremstillere av databaser, som er et resultat av vesentlige investeringer, vern mot at noen tilegner seg resultatet av disse investeringene. Vernet er et investeringsvern hvor kravet til ”vesentlig investering” er det sentrale vilkåret for å oppnå vern.

## 1.2 Behovet for databasevern

Informasjon som eksisterer i det offentlige rom og dermed er gjort tilgjengelig for allmennheten, er en del av samfunnets felles eiendom. Man kan hindre at informasjon blir offentlig, for eksempel ved bruk av kontraktsrettslige og strafferettslige taushetsregler, men er informasjonen først blitt offentlig, er den i utgangspunktet ”fri”. Ren informasjon kan som hovedregel ikke ”bindes opp” av en enkelt aktør, slik at den kan hindre andre å benytte seg av informasjonen.<sup>4</sup>

I dagens samfunn er tilgang på informasjon og den frie flyt av informasjon av stor betydning for samfunnsutviklingen. Den dominerende teknologiske utvikling skjer innenfor bruk av informasjon, og en populær betegnelse på samfunnsutviklingen i vår tid er informasjonssamfunnet. Utviklingen har medført en enorm økning i informasjonsmengden, og den årlige stigningen i informasjonsmengden i 1992 tilsvarte den samlede mengde informasjon som var i sirkulasjon i verden for 60 år siden.<sup>5</sup>

At det finnes masse tilgjengelig informasjon i forskjellige informasjonsbærere, har ingen stor verdi i seg selv. Det er ingen som trenger ”informasjon”, spørsmålet er hva slags

---

<sup>4</sup> Eksempel på unntak er åndsverkloven § 44 om vern av pressemeldinger som er levert av utenlandsk nyhetsbyrå eller korrespondent i utlandet. Bestemmelsen forbyr videreformidling av nyheten fra samme kilde. Det er et innholdsvern til informasjon begrunnet ut fra investeringshensyn.

<sup>5</sup> COM 92 (24) s. 27

informasjon man ønsker å finne. Det vil alltid ligge noen kriterier til grunn for hva man er ute etter, når man skal ha tak i informasjon. Hvis ikke informasjonen er samlet og systematisert på noen måte, vil det å finne den informasjon man er ute etter, være som å lete etter den berømte nåla i høystakken.

Med grunnlag i den utvikling som fant sted i informasjonsteknologisektoren på åttitallet, utarbeidet Den Europeiske Kommisjon (Kommisjonen) i 1988 en ”Grønnbok om opphavsretten og den teknologiske utvikling – spørsmål vedrørende opphavsrett som krever øyeblikkelig handling” (Grønnbok).<sup>6</sup> Fire år senere kom det første utkastet til det som etter hvert skulle bli til databasedirektivet, COM 1992 (24). Kommisjonen mente at en så stor årlig prosentvis stigning i den skapte og forbrukte informasjonen kun kunne styres dersom det ble foretatt betydelige investeringer i informasjonslagrings- og informasjonssøkingssystemer.<sup>7</sup> Et vern for de investeringer som er forbundet med opprettelsen av databaser, ble ansett som riktig incentiv for å øke produksjonen av databaser. Vern ville sikre rammebetingelser og senke risikoen for investeringer gjort i samling og lagring av data. På grunn av den utviklingen innen datateknologien som gjorde kopiering av informasjon fra ett medium til et annet veldig enkelt og med svært lave kostnader forbudet, fryktet Kommisjonen at manglende vern ville gjør det lite attraktivt å utvikle databaser. Formålet med opprettelsen av et vern for databaser, var derfor et ønske om å øke investeringer i datalagrings- og datasøkingssystemer.<sup>8</sup>

### 1.3 Databasedirektivet

16. mars 1996 ble det endelige utkastet til databasedirektiv vedtatt. For det første ble opphavsrettslig vern for databaser harmonisert i alle medlemslandene. For det andre ble det gitt vern til databaser som ikke var et resultat av originalt arbeid, men som var et resultat av

---

<sup>6</sup> Den Europeiske Unions Kommisjon, Grønnbok om opphavsretten og den teknologiske utvikling - spørsmål vedrørende opphavsrett som krever øyeblikkelig handling , COM (88) 172 , Brussel, 7. Juni 1988. (COM (88) 172)

<sup>7</sup> COM 92 (24) s. 27

<sup>8</sup> Direktivets fortal betraktning 12

”vesentlig investeringer”. Den norske versjonen av direktivets artikkel 7.1 inneholder følgende bestemmelse: ”Medlemslandene skal fastsette en rett for databaseprodusenten til å forby uttrekk og/eller viderebruk av hele eller vesentlige deler av databasens innhold, vurdert kvalitativt og/eller kvantitativt, når det fra et kvalitativt og/eller kvantitativt synspunkt har vært foretatt en betydelig<sup>9</sup> investering i å skaffe<sup>10</sup>, kontrollere eller presentere innholdet.”

Statene ble pålagt å innføre en bestemmelse som ga fremstilleren av en database en rett til å forby uttrekk og gjenanvendelse av hele eller vesentlig deler av databasens innhold. Informasjonen som utgjør vesentlige deler av databasens innhold er dermed vernet og kan ikke vederlagsfritt hentes fra databasen, uten at det vil krenke fremstillerens rettigheter. Det er ikke et systematikken i databasen som vernes, slik at man kan ikke komme utenom vernet ved å endre på hvordan dataene er organisert eller presentert. Formålet er som nevnt investeringsbeskyttelse for den jobben som er gjort, og det medfører et vern for vesentlige deler av innholdet i databasen. Vernet er en rett til å hindre andre i å bruke databasen som kilde for informasjon. Det vernet har man imidlertid kun der den som ønsker å benytte seg av informasjonen vil bruke vesentlige deler av det databasen inneholder. Uvesentlige deler er ikke vernet bortsett fra de handlingene som rammes av 5. ledd i artikkel 7. Hvis noen ønsker å benytte seg av vesentlige deler av informasjonen i databasen, må de da enten betale for å benytte seg av den eller selv gjøre jobben med å finne de ulike informasjonskildene. Et særlig spørsmål oppstår der det kun er en produsent av informasjonen. Det vil da ikke være mulig å selv gjøre den innsamlings- og systematiseringsjobben man eventuelt ikke er villig til å betale for. Hvis produsenter får et innholdsvern for informasjon de er de eneste som produsenter, oppstår det et informasjonsmonopol på den informasjonen.

---

<sup>9</sup> Jeg vil i fremstillingen benytte uttrykket ”vesentlig investering”, som er det uttrykket som brukes i loven og i de andre nordiske versjonene av direktivet.

<sup>10</sup> Jeg vil benytte uttrykket ”innsamling”. Det er kun ut i fra språklige problemer med å bruke verbet å skaffe. Den danske versjonen har begrepet ”indsamling”, den svenske har ”anskaffning” og den engelske har ”obtaining”.



Det at databasevernet resulterer i et vern for vesentlig deler av innholdet i databasen, gjør det interessant å se nærmere på kriteriene for når slikt vern oppnås.

## 1.4 Rettslig plassering

### 1.4.1 Åndsverkloven § 43

Åndsverkloven § 43 kom inn i loven i 1961 som et resultat av fellesnordisk lovsamarbeid. Bakgrunnen for lovsamarbeidet var at katalog- og tabell produsenter hadde presset på for å få opphavsrettslig beskyttelse for sine produkter, som da var det eneste mulige alternativet for vern. Bestemmelsen kom derfor inn for å begrense presset mot verkshøydekravet, samtidig som lovgiver anerkjente at det eksisterte et begrunnet behov for vern mot utnyttelse av slike typer arbeid.<sup>11</sup> De arbeidene som fikk vern var arbeid som sammenstilte et større antall opplysninger. Bestemmelsen fikk kallenavnet ”katalogregelen” fordi kataloger var ett av arbeidene som fikk vern. Bestemmelsen gav vern mot ettergjøringer, det vil si, en beskyttelse mot at noen kopierte samme struktur og samme rekkefølge/arrangement som det vernede arbeidet hadde. Det medførte ikke noen krenkelse hvis man hentet ut all informasjon og systematiserte den på en annen måte.

”Katalogregelen” ble plassert i åndsverklovens kapittel om ”Andre rettigheter”, Kapittel 5. Dette kapittelet inneholder de reglene som ifølge forarbeidene ”strengt tatt” faller utenfor ”en lov om opphavsretten til litterære og kunstneriske arbeid”, men som har så ”nær tilknytning til dem at de naturlig kan innpasses i loven, selv om man ikke vil kalle rettighetene for beslektede”.<sup>12</sup> Bestemmelser i kapittelet gir blant annet vern til utøvende kunstneres prestasjoner<sup>13</sup> og fotografers rett til egne fotografier.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 97 Lov om opphavsrett til åndsverk

<sup>12</sup> Innst. 1950 s. 23 Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk.

<sup>13</sup> åvl § 42

I 1961, da åndsverkloven § 43 kom inn i loven, eksisterte ikke elektroniske databaser. Selv om ikke-elektroniske databaser, som telefonkatalogen eksisterte, var ikke databaser som betegnelse brukt på slike arbeid. Telefonkatalogen falt inn under ”katalog” arbeid. Databaser var således ikke med i opplistingen av eksempler på typiske arbeid som kunne oppnå vern etter bestemmelsen. Ettersom eksemplene på vernede arbeid ikke er uttømmende beskrevet ved at ”liknende arbeid” også omfattes av vernet, var det aldri tvil om at de elektroniske databasene, da de begynte å oppstå, også var omfattet av vernet i åndsverkloven § 43.

Den beskyttelsen de nordiske land i 1961 opprettet for vern av ikke-originale samlinger, var før databasedirektivet kom, ganske enestående i europeisk rett. Kun i Storbritannia og Nederland eksisterte det et tilsvarende vern. Databasedirektivet var også delvis inspirert av det nordiske katalogvernet.<sup>15</sup>

#### 1.4.2 Sui-generis retten

##### (i) Den teknologiske utvikling

I kapittel 6 i Kommisjonens Grønnbok om ”opphavsretten og den teknologiske utvikling – spørsmål vedrørende opphavsrett som krever øyeblikkelig handling”, ble den rettslige situasjonen rundt manglende og ulik beskyttelse av databaser presentert.<sup>16</sup> Denne delen av Grønnboken vekket imidlertid liten interesse fra medlemsstatene. Det var på den tiden spørsmålene rundt beskyttelse av programvare som fikk størst oppmerksomhet og som resulterte i utarbeidelsen av programvaredirektivet.<sup>17</sup> Det kom frem på ulike høringer at representanter fra de forskjellige medlemslandene mente at databaser kunne beskyttes som

---

<sup>14</sup> åvl § 43a

<sup>15</sup> Forslag til Rådets Direktiv om rettslig beskyttelse av databaser, Com (92) 24 punkt 2.2.10.

<sup>16</sup> Com (88) 172

<sup>17</sup> 91/250/EØF

opphavsrettslige verk. Bakgrunnen for denne holdningen til databaser kan ha hatt sin begrunnelse i to avgjørelser avsagt i den Franske høyesteretts (Cour de Cassation). I Le Monde mot Microfor sakene ble to databaser ansett vernet etter opphavsrettslige regler.<sup>18</sup> Den ene innholdt referanser og den andre korte sitater. Cour de Cassation betegnet databasene som ”informasjonsverk”.<sup>19</sup> Hugenholtz mener at denne samstemte holdningen til opphavsrettslig beskyttelse som en anvendelig beskyttelsesform for databaser, nok var et resultat av en viss grad av ønsketenkning. Denne ønsketenkningen, mener han, hadde sammenheng med at opphavsrettslig beskyttelse ble ansett som en gunstig form for vern.<sup>20</sup>

På tross av manglende interesse fra medlemslandene, mente Kommisjonen at det var et behov for en samlet regulering av vern av databaser. I ”Explanatory Memorandum” til det første forslaget til direktiv fra 1992, ble den rettslige situasjonen for arbeid som kun består i arrangering og systematisering av data, nøye analysert.<sup>21</sup> Kommisjonen viste til at mange databaser ikke vil kunne oppnå opphavsrettslig beskyttelse fordi de vil mangle originalitet. I den forbindelse ble det vist til en da nylig avsagt dom fra USA som gjaldt spørsmålet om vern av en telefonkatalog.<sup>22</sup> US Supreme Court konkluderte med at det ikke forelå noen opphavsrettslig vern for den aktuelle telefonkatalogen.<sup>23</sup> De fastslo at en alfabetisk samling av opplysninger ikke var gjenstand for opphavsrettslig beskyttelse. De tilfellene der verken innhenting, sortering og/eller måten dataene var ordnet på, gav uttrykk for noe originalt arbeid fra fremstillerens side, kunne opphavsrettslig vern ikke gis.

Formålet for opprettelsen av en del databaser er helt det motsatte av å skape noe originalt. Noen databaser vil ha sin verdi i at de inneholder en komplett oversikt over en viss type informasjon samtidig som innholdet er forsøkt systematisert på den enkleste og mest brukervennlige måten. Det kan for eksempel være å systematisere innholdet alfabetisk,

---

<sup>18</sup> Cour de Cassation 9 November 1983, Droit de l'informatique 1984/1, 20; Cour de Cassation 30 October 1987, Droit de l'informatique 1988/1, 34. Referert fra Hugenholtz (1998) s. 184

<sup>19</sup> “oeuvre d'information”

<sup>20</sup> Hugenholtz (1998) s. 184

<sup>21</sup> COM (92) 24, Brussel 13 mai 1992, OJ 1992 C156/4.

<sup>22</sup> Punkt 2.3.3

<sup>23</sup> Feist Publications, inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc, 111 S.Ct 1282 (1991)

kronologisk eller på annen uoriginal måte. I kontrast til et slikt type arbeid, står kravet til originalitet i opphavsretten. Kommisjonen mente at løsningen måtte bli et tosporet system med opphavsrettslig vern der kravet til verkshøyde var oppfylt og et vern for ikke-originalt arbeid som var et resultat av vesentlige investeringer.

I de første utkastene til direktiv ble det foreslått at kun de elektroniske databasene skulle være gjenstand for vern. Et slikt skille ble imidlertid raskt gjenstand for kritikk. For det første kunne skillet medføre unødvendige rettslige problemer for de tilfellene der databasen fantes i både elektronisk og ikke-elektronisk form.<sup>24</sup> For det andre, som en representant fra ett av medlemslandene påpekte, burde ikke inngangsvilkåret for om en databasen skulle kunne oppnå vern, være avhengig av om man tok i bruk en skanner og digitaliserte databasen.<sup>25</sup> Kommisjonen gikk derfor bort fra en slik begrensning og i det andre utkastet ble vernet utvidet til å gjelde også for ikke-elektroniske databaser.

#### (ii) Formålet med direktivet

Direktivet ble som et resultat av ønsket om å øke produksjonen av databaser. Kommisjonen mente det ble produsert for få databaser i de europeiske landene. USA hadde i 1988 en markedsandel på 56% mens kun en fjerdedel stammet fra europeiske land. Kommisjonen så betydelig potensial for økonomisk utvikling i databasesektoren av flere grunner. For det første ville økt database produksjon utgjøre en ervervssektor i seg selv. For det andre mente Kommisjonen at databaser hadde egenskaper som var viktige for utviklingen av EF's konkurransebaserte marked. Tilgang på ajourførte og systematiske informasjonskilder samt måter å lagre og behandle store mengder informasjon, ble ansett som nøkkelfaktorer for den videre utviklingen. Hvis ikke behovet ble møtte med økt databaseproduksjon fra europeiske aktører ville operatører utenfor Fellesskapet dekket behovet og dermed trekke ressurser ut av Fellesskapet. Fordi det er mulig å kopiere databaser til en brøkdel av de

---

<sup>24</sup> Påpekt av Det økonomiske og sosiale utvalg i deres uttalelser om det første utkastet til direktiv, OJ No. C19

<sup>25</sup> Gastner (1997) s. 1132.

kostnadene som er forbundet med å utvikle dem selvstendig, mente Kommisjonen at den eneste måten å sikre økt databaseproduksjon var ved å verne dem.

Det første forslaget til direktiv kom i 1992, men det tok nesten fire år før direktivet endelig ble vedtatt 11. mars 1996.

### (iii) Begrepet vesentlig investering

Begrepet ”vesentlig investering” kom inn som kriterium helt på slutten av arbeidet med å lage databasedirektivet. I det første utkastet til vern for ikke-originale arbeid, gjaldt vernet kun mot uttrekk og gjenbruk til ”kommersielle formål”.<sup>26</sup> Det man ville oppnå var en beskyttelse mot ”parasittær adferd fra piraters og uhederlige konkurrenters side, som på urettmessig vis søker å tilegne seg resultater av databaseinnehaverens kompilasjonsarbeid”.<sup>27</sup> I det neste utkastet ble bestemmelsen flyttet til et eget kapittel, ”sui-generis rettigheter” og verneområdet utvidet ved at definisjonen av kommersiell bruk ble utvidet.<sup>28</sup> Det var først i Common Position of the Council av 10. juli 1995 at begrepet ”vesentlig investering” dukket opp.<sup>29</sup> Begrensningen om at vernet kun forhindret uttrekk til kommersielt bruk, ble tatt ut. Bestemmelsen ble imidlertid begrenset, men på en annen måte. Ved innføringen av at investeringene måtte knytte seg til innsamling, kontroll og presentasjon, kom målsetningen om å beskytte databasefremstillerens investeringer klarer frem.<sup>30</sup>

Oppsummeringsvis kan man si at sui-generis vernet i det første utkastet var et konkurranserettslig inspirert vern, plassert som en opphavsrettslig annenklassers rettighet. Resultatet ble imidlertid et klart definert vern, med en egen investeringsbegrunnelse som skiller den fra både opphavsretten og konkurranseretten.

---

<sup>26</sup> Com (92) 24 artikkel 2 nr. 5

<sup>27</sup> Punkt 4.2.6 i ”explanatory memorandum” til Com (92) 24

<sup>28</sup> Com (93) 464, kapittel III artikkel 10 nr.1

<sup>29</sup> Publisert i C 288/20 30.10.95

<sup>30</sup> C 288/20 30.10.95 s. 10

#### 1.4.3 Innføringen av sui-generis vernet i norsk rett

Ved gjennomføringen av databasedirektivet i Norge kom departementet<sup>31</sup> fram til at direktivets artikkel 7 om sui-generis vernet kunne gjennomføres ved å utvide åndsverkloven § 43.

I forkant av gjennomføringen hadde det vært drøftelser mellom de nordiske landene om direktivets betydning i forhold til den nordiske katalogregelen. Det var enighet om at man ønsket å beholde katalogregelen som et alternativt vernevilkår. Åndsverklovens § 43 ble derfor utvidet, slik at bestemmelsen gav vern til arbeid som var et resultat av ”vesentlig investering” i tillegg vernet for arbeid som ”sammenstillinger et større antall opplysninger”. I forarbeidene uttales det følgende: ”Departementet antar at de fleste databaser som er resultat av vesentlig investering også vil inneholde et større antall opplysninger. Det kan imidlertid godt tenkes en database som har krevd vesentlige investeringer uten at den derved oppfyller det någjeldende antallskrav. Departementet kan ikke se grunn til å oppheve det vern som i dag gis databaser som er store i omfang, men som ikke nødvendigvis vil oppfylle direktivets krav til investeringsgrad, og foreslår derfor at kravet om vesentlig investering innføres som et alternativt kriterium til det gjeldende antallskrav.”<sup>32</sup> Det har vært hevdet fra ulikt hold at den løsningen Norge og de andre nordiske landene valgte, kan være i strid med direktivet.<sup>33</sup> Spørsmålet beror blant annet på om databasedirektivet er et minimumsdirektiv eller ett fullharmoniseringsdirektiv. Problemstillingen vil imidlertid ikke bli nærmere drøftet i denne fremstillingen.

Resultatet av å innføre kravet til vesentlig investering som tilleggsvilkår i åndsverkloven § 43 medførte at bestemmelsen ble utvidet også for ikke-databaser. De andre typene arbeid som er listet opp i åndsverkloven § 43, er nå omfattet av vernet dersom

---

<sup>31</sup> Kirke- og Kulturdepartementet

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 35

<sup>33</sup> Karnell (1999)

de er et resultat av vesentlig investeringer, uavhengig av hvor mange opplysninger de inneholder.

Departementet fant ikke grunn til å ta inn i lovteksten hva vesentlig investeringer skulle relatere seg til. Departementet uttaler: ”Av lovteksten vil det fremgå at databasen som sådan skal være resultatet av en vesentlig investering. Dette gjør det etter departementets syn klart at investeringen må være knyttet til det arbeid som skal til for å etablere databasen - det vil si innhenting og behandling av det material som sammenstilles.”<sup>34</sup> De største usikkerhetsmomentene for forståelsen av databasedirektivet har imidlertid nettopp knyttet seg til hvilke typer investeringer som er relevante i vurderingen av om databasen er vernet eller ikke. Dette vil behandles nærmere i kapittel 2.

Som tidligere nevnt, inneholdt åndsverkloven § 43 opprinnelig ikke ”databaser” i eksemplifiseringen av de arbeid bestemmelsen vernet. I utkastet til nytt lovforslag som ble sendt ut til høring i forbindelse med gjennomføringen, hadde departementet unnlatt å innta databaser i opplistingen av typiske arbeid som vernes etter bestemmelsen. Dette valget ble kritisert i høringsuttalelsene og departementet forandret standpunkt: ”Databaser står vel i dag sentralt blant de arbeider som § 43 har stor betydning for, og en spesifisering her vil kunne gi en bedre veiledning for leseren”.<sup>35</sup> Begrepet ble dermed tatt med i spesifiseringen. Noen nærmere definisjon av databasebegrepet fant imidlertid departementet ingen grunn til å innta: ”En database kan være et verk, og derved være vernet etter lovens § 1. Fyller den ikke verkshøydekravet, kan vern gis etter § 43. Etter departementets syn gir § 43 tilstrekkelig veiledning med hensyn til hva som karakteriserer de arbeider som kan vernes etter bestemmelsen.”<sup>36</sup> Databasebegrepet vil som nevnt redegjøres nærmere for i kapittel 3.1.

---

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 35-36

<sup>35</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 29

<sup>36</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 29

Før gjennomføringen av direktivet vernet åndsverkloven § 43 kun mot ettergjøringer.

Vernet ble endret slik at bestemmelsen nå gir en ”enerett til å råde over hele eller vesentlig deler av arbeidets innhold ved å fremstille eksemplar av det og ved å gjøre det tilgjengelig for allmennheten”. I databasedirektivet finner man en annen begrepsbruk enn i den norske gjennomføringsregelen. Der gir vernet gir en rett til å forby uttrekk og/eller viderebruk av hele basens innhold eller vesentlige deler av den.

Den norske regelen gir en positivt definert rettighet, nemlig en ”enerett” til visse handlinger, mens direktivet avgrenser negativt ved å ”forby” visse handlinger. Hvorvidt en bestemmelse er formulert som en positiv eller negativ rett har ingen rettslig betydning. Forskjellen ligger i at det norske opphavsrettslige ”enerettsbegrepet” har et videre omfang enn direktivets begreper. Selv om departementet var klar over at beskyttelsesområdet ikke kunne anses å være helt overlappende ved en slik formulering, valgte de å anvende kjente opphavsrettslige begreper. Begrunnelsen var at uttrekk og viderebruk var ukjente i nordisk opphavsrettslig terminolog, og de nordiske landene ønsket ”å bevare gjeldende terminologi så langt som mulig”.<sup>37</sup> Departementet uttaler: ”Selv om det derved gis et vern av noe større omfang enn det direktivet krever, vil vernet under enhver omstendighet undergis de innskrenkninger og unntak som gjelder og som oppretthoder den nødvendige interesseavveining.”<sup>38</sup> Selv om begrepene i direktivet kan hevdes å være mer dekkende for den bruk som faktisk skjer, anså departementet hensynet til å bevare innarbeidet terminologi og fortsatt nordisk rettsenhet å være så tungtveiende at begrepene ikke ble brukt ved gjennomføringen.

#### 1.4.4 Forholdet mellom opphavsrettslig beskyttelse og sui-generis beskyttelse av databaser

---

<sup>37</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 37 Departementet sikter her til 4 ledd i åvl § 43 som ble endret slik at den eneretten som gis i åvl § 43 ikke er den samme som den opphavsrettslige eneretten.

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 37



Som den store hovedregelen forsøker lovgiverne å unngå at flere regelsett gir beskyttelse til samme objekt. Ved opprettelsen av sui-generis vernet, ble det tidlig klart at det her måtte oppstå et dobbeltsporet beskyttelsessystem for visse databaser.

Ved gjennomføringen av databasedirektivet ble opphavsrettslige regler for vern av databaser harmonisert i alle EØS-medlemslandene. Etter artikkel 3.1 skal ”databaser som ut fra utvalget eller ordningen av innholdet er opphavsmannens eget intellektuelle verk, være vernet som sådant etter opphavsretten.” For opphavsrettslig vern for databaser, ble det ved gjennomføringen av direktivet, kun påpekt rettsharmoni med det norske verkshøydekravet. Det var derfor ikke nødvendig med noen lovendring for å gjennomføre artikkel 3.1.<sup>39</sup>

Opphavsretten beskytter den kreative delen som kommer til uttrykk i databasen, det være seg gjennom utvelgelsen av elementer den består av eller på grunn av original strukturering. Opphavsrettslig beskyttelse kan også komme inn ved at innholdet i databasen kan være opphavsrettslig beskyttet materiale, for eksempel en database som inneholder bilder av beskyttede kunstverk eller sangtekster.

I tillegg kan det ligge en vesentlig investering i opprettelsen og driften av databasen som oppfyller kravene til sui-generis vern. En database kan altså oppfylle vilkårene både til sui-generis vern og opphavsrettslig vern samtidig, men det er ulike sider av databasen som beskyttes av de forskjellige reglene. Vernetiden er også forskjellig. Opphavsretten gjelder i 70 år etter opphavsmannens død,<sup>40</sup> mens sui-generis retten gjelder for 15 år fra databasen ble fremstilt.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.85 (1997-1998) s. 30 I Tyskland har det vært diskusjoner omkring spørsmålet om tysk opphavsrett harmoniserer med direktivet, se Leistner (2000)

<sup>40</sup> åvl § 40

<sup>41</sup> åvl § 43, tredje ledd

## 1.5 Rettskildesituasjonen

### 1.5.1 EØS-rettslig regel

For å finne ut hva som ligger i kravet til vesentlig investeringer må man benytte seg av de rettskildefaktorene som er relevante for forståelsen av det nevnte kravet. Når kravet, som her, er uttrykk for en regel som har sin bakgrunn i EØS-retten, kommer det inn andre rettskildefaktorer og det gjelder andre tolkningsregler enn situasjonene er for de intern-rettslige reglene.

### 1.5.2 De norske rettskildene

Den viktigste rettskilden er lovteksten. I loven står det at en database skal være resultatet av vesentlig investering for at den skal kunne vernes. For å kunne utlede nærmere regelen om når en database vil være et resultat av vesentlig investering, må man gjøre bruk av andre rettskildefaktorer.

Det foreligger ikke, etter det jeg vet, noen nasjonale dommer avsagt hvor kravet til vesentlig investering har vært tolket. Nasjonal rettspraksis er således ikke en relevant rettskildefaktor.

I norsk rett er forarbeidene vanligvis en tungtveiende rettskildefaktor. Det har sitt grunnlag i den norske lovgiverteknikken der lovtekstene utformes i nokså generelle former.

Lovgivers måte å utdype reglene på er å bruke forarbeidene til for eksempel å gjengi blant annet de ekspertvurderingene som ligger bak reglen samt lovgivers formål og mening med å gi regelen. Imidlertid er situasjonen annerledes for de forarbeidene som ligger til grunn for gjennomføringen av EØS-rettslige regler. Formålet med slike forarbeider er ikke å

begrunne utformingen av nye regler, men å forklare og tilpasse gjennomføringen av et eksisterende overnasjonalt regelverk i norsk rett.<sup>42</sup> Ved at det er andre enn lovgiverne som har skrevet reglene, blir de uttalelsene om tolkningen av regelen som kommer til uttrykk i forarbeidene kun meningsytringer. Slike meningsytringer har ingen relevans for den tolkningen som foregår i EF-domstolen eller EFTA-domstolen.

I forarbeidene til gjennomføringsloven for databasedirektivet gis det noen utfyllende bemerkninger knyttet til kravet til vesentlig investering. Imidlertid kommer det ikke frem noe annet enn det som kommer til uttrykk i selve direktivet. Ved at de norske rettskildefaktorene gir liten veiledning for forståelsen av kravet, vil direktivet og forståelsen av det, være den avgjørende rettskildefaktoren. Det følger av EØS-avtalens artikkel 7 at norske domstoler har en plikt å tolke åndsverkloven § 43 i lys av direktivets ordlyd og formål. Den regelen som utledes etter en tolkning av direktivet vil også være et uttrykk for den norske regelen. Ved tolkningen av direktiver skal man således legge en EØS-rettslig metode til grunn.

Det oppstår ingen motstridsspørsmål her fordi det ikke foreligger tilstrekkelig nasjonale rettskilder til å utlede en regel som eventuelt vil kunne være i konflikt med den regelen som utledes med bakgrunn i EØS-rettslige rettskildefaktorer.<sup>43</sup>

### 1.5.3 Direktivet

#### (i) Innledning

De tolkningsfaktorene som bidrar til å utlede innholdet i direktivet er, direktivets ordlyd, betraktninger i forordene, forarbeidene og formålsbetraktninger. Etter EØS-retten er det EFTA-domstolen som er siste instans for tolkningen av EØS-avtalen for EØS-landene. For

---

<sup>42</sup> Sejersted [et al] (2003) s. 193

<sup>43</sup> Det er derfor ingen grunn til å gå nærmere inn på hvordan en eventuell motstrid skal forsøkes løst.

medlemmene av EU er det EF-domstolen som er siste instans for tolkningen av EØS-retteslige bestemmelser. Selv om ikke EF-domstolens avgjørelser formelt sett er en relevant rettskilde for EØS-landene, er den reelle situasjonen annerledes. Dette kommer jeg nærmere inn på nedenfor.

## (ii) Direktivet og fortalen

Direktivteksten er naturlig nok utgangspunktet for å utlede innholdet i regelen. I motsetning til den norske lovgiverteknikken hvor lovteksten angir regelen i mer generelle former og overlater til forarbeidene å utdype dem, er direktivtekstene ofte nokså utfyllende formulert. EF-rettens bruk av utfyllende regler har sin begrunnelse i den spesielle rollen EF-retten har. Hovedformålet med reglene er at de skal forstås og anvendes likt i alle medlemslandene. I Norge kan lovteksten være relativt kort og generell uten at det oppstår stor fare for at det skal danne seg forskjellig praksis rundt forståelsen av bestemmelsen. Norge er et lite land med en homogen rettstradisjon og relativt få rettsanvendere. EU er imidlertid en union med mange forskjellige medlemsland med forskjellige rettstradisjoner og mange rettsanvendere. Selv om EF-domstolen i siste instans er den som bestemmer hvordan en regel skal tolkes, foregår det meste av den EF-rettslige tolkningen ved de nasjonale domstolene. Hvis reglene åpnet for at flere tolkningsalternativer kunne utledes, kunne det resultere i at regelen ble forstått forskjellig rundt om i medlemslandene. For å hindre at slike situasjoner skal oppstå er direktivene ofte utfyllende. Et annet moment som også kommer inn, er at alle direktivene finnes på alle de forskjellige offisielle språkene innefor EU. De forskjellige språkversjonene er rettskildemessig likestilt. EF-domstolen tillegger ordlyden betydelig vekt, men benytter seg ofte av flere språkversjoner for å få nærmere klarhet i ordets betydning. Direktivets ordlyd er derfor som utgangspunkt av stor rettskildemessig vekt.

Direktiv utarbeides med en fortale som kommer før selve direktivreglene. I fortalens betraktninger kommer som oftest formålene og hensynene som ligger bak utarbeidelsen av direktivet frem. I tillegg presiseres og utdypes også de materielle reglene i direktivet.

Fortalen har rettskildemessig verdi i det at betraktningene kan brukes som tolkningsfaktor der direktivteksten er uklar, noen selvstendig rettskildemessig vekt har fortalen imidlertid ikke.

### (iii) Forarbeidene og formålsbetraktninger

Forarbeider har liten rettskildemessig vekt i EF-retten. De er ofte vanskelig tilgjengelig ettersom lovgivningsprosessen i EU involverer mange instanser som bidrar til utformingen reglene.

Formålsbetraktninger tillegges imidlertid stor vekt. Formålet kan som regel utledes fra ett eller flere av de ovennevnte rettskildene. Tolkningen av de andre rettskilder kan trekkes langt for at de skal kunne harmoniseres med et resultat som er forenelig med direktivets formål.

### 1.5.4 EF-domstolens avgjørelser

EØS-land er ikke formelt bundet av EF-praksis avsagt etter EØS-avtalens inngåelse 2. mai 1992, jf. EØS-avtalen artikkel 6.<sup>44</sup> Imidlertid tilsier homogenitetsmålsetningen i EØS-retten at der EF-domstolen har tatt stilling til hvordan en bestemmelse skal tolkes, skal den løsningen også gjelde for EØS-retten. Det er kun i svært sjeldne tilfeller, for eksempel der homogenitetshensynet ikke gjør seg gjeldende, at det er grunn til å tro at EFTA-domstolen vil komme til et annet tolkningsresultat enn det man antar EF-domstolen ville kommet til.<sup>45</sup> Fordi hovedpresumpsjonen ligger i at EFTA-domstolen vil komme til samme resultat som EF-domstolen, er det grunn til å følge den løsningen EF-domstolen er

---

<sup>44</sup> EØS-loven.

<sup>45</sup> Maglite dommen REC 1997 s. 127 og Silhouette dommen C- 355/96. Begge dommene gjaldt spørsmål om internasjonal konsumpsjon. I Maglite var spørsmålet om en regel i varemerkedirektivet var til hinder for at EFTA-statene ga nasjonale regler om internasjonal konsumpsjon av varemerkerettigheter. EFTA-domstolen mente at EØS-avtalen ikke var til hinder for slike regler og begrunnet standpunktet med at EØS-avtalen ikke gir grunnlag for felles handelspolitikk overfor tredjeland.

kommet til selv om EFTA-domstolen ikke har tolket den tilsvarende EØS-rettslige regelen. Dette medfører at der EF-domstolen har kommet til ett visst tolkningsresultat og det ikke eksisterer noen helt spesielle særnorske forhold som tilsier en annen løsning, må de norske domstolene tolke reglene på den måten EF-domstolen gjør. Dette er også slått fast flere ganger i praksis fra Høyesterett, for eksempel Rt. 1997 s.1954 og Rt. 2002 s.391.

Før EF-domstolen kommer med sin avgjørelse utarbeider Generaladvokaten et forslag til avgjørelse.<sup>46</sup> Generaladvokaten foretar en detaljert analyse av de rettslige og faktiske sider av saken og utarbeider et forslag til dom. Hvilken rettskildemessig vekt forslagene fra Generaladvokaten har, er det vanskelig å si noe generelt om. Et forslag kan bli forkastet av domstolen for så å bli brukt av domstolen i en senere sak.<sup>47</sup>

## 1.6 Forholdet mellom beskyttelsesbetingelsene og inngrepsvurderingen

### 1.6.1 Innledning

En database er vernet der den er et resultat av vesentlige investeringer vurdert kvantitativ eller kvalitativt. Hvilke handlinger databasen er beskyttet mot, avhenger av hvilke handlinger som anses som en krenkelse av vernet. Sui-generis vernet gir fremstilleren vern mot at noen bruker hele eller vesentlig deler av databasens innhold vurdert kvantitativt eller kvalitativt.

Vern og krenkelse er to sider av samme sak; hvis handlingen ikke er en krenkelse, foreligger det ikke vern. Det er derfor særegent for sui-generis retten at vernespørsmålet er knyttet til en vurdering av investeringene, mens krenkelsesspørsmålet er knyttet til en

---

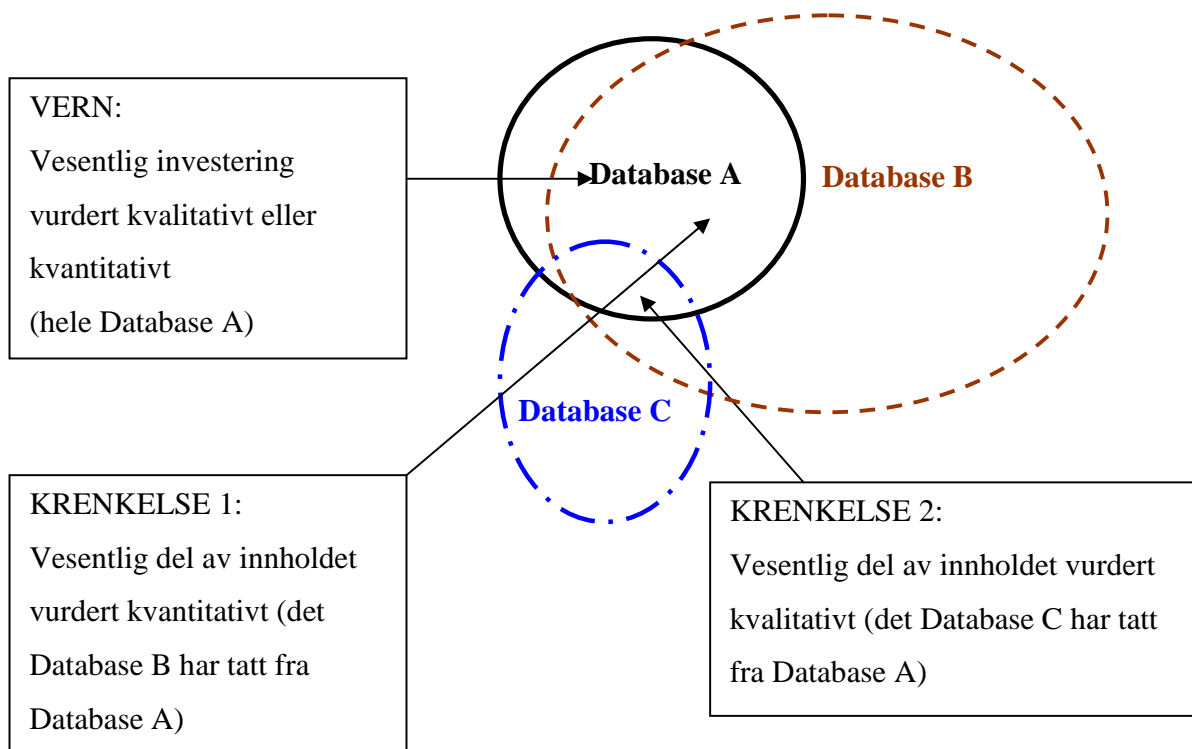
<sup>46</sup> EF-traktaten artikkel 222 annet ledd. Det er åtte Generaladvokater ansatt ved EF-domstolen.

<sup>47</sup> Steiner og Woods (2003)

vurdering av innholdet.<sup>48</sup> For spørsmålet om vern, er det ”vesentlig investering” som er det avgjørende vernekriteriet, mens for krenkelsesspørsmålet er det en vurdering av hva som utgjør en ”vesentlig del av innholdet” som er vurderingstemaet. Begge steder skal vesentlighetsvurderingen gjøres kvalitativ og kvantitativ.

For både vernevurderingen og krenkelsesvurderingen har mye av usikkerhet rundt forståelsen av bestemmelsen vært knyttet til hvordan den kvantitative og kvalitative vurderingen påvirker vesentlighetsvurderingene. Jeg vil i fremstillingens kapittel 3 redegjøre nærmere for vesentlighetsvurderingen knyttet til investeringer, men vil i det følgende redegjøre kort for den vesentlighetsvurderingen som må foretas ved vurderingen av om databasen er krenket. Dette for å vise hvordan de to vurderingene henger sammen.

Forholdet mellom vern og krenkelse kan illustreres med følgende figur:



<sup>48</sup> Dette påpekes også av Hugenholtz og Davidson (2005) s. 8

I William Hill-saken ble EF-domstolen blant annet bedt om å gi en nærmere presisering av begrepet ”vesentlig del” av en database.<sup>49</sup>

Det første EF-domstolen gjør er å knytte krenkelsesspørsmålet til investeringene gjort ved opprettelsen av databasen. I premiss 69 tar EF-domstolen utgangspunkt i formålet med sui-generis retten og viser til fortalens betraktning 42. Der står det at formålet er å unngå at en bruker ved sine handlinger forårsaker vesentlig skade for investeringen i kvalitativ og kvantitativ forstand. Med grunnlag i formålet kommer EF-domstolen til at vurderingen av om den delen som er trukket ut er av ”vesentlig karakter” ut fra et kvalitativt og kvantitativt synspunkt, ”skal skje på grunnlag av den investering” som er forbundet med opprettelsen av databasen.

EF-domstolen binder krenkelses- og vernvurderingen sammen ved at det presiseres at det er investeringene som er beskyttelsesgodet og som er det krenkelsesvurderingen er rettet mot.<sup>50</sup> Investeringene, som skal vernes, kommer til uttrykk gjennom samlingen og bearbeidelsen av innholdet i databasen. Derfor må innholdet vernes til en viss grad.

### 1.6.2 Kvantitative vurderingen

For spørsmålet om hva som er en vesentlig del av databasen vurdert kvantitativ, har det vært usikkerhet om hva delen skal være vesentlig i forhold til. Et alternativ er selvfølgelig vesentlig i forhold til hele databasens innhold. Dette er imidlertid et lite gunstig tolkningsresultat for fremstillerne av veldig store databaser og alternative tolkningsforslag har vært foreslått.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> C-203/02. Jeg kommer tilbake til denne dommen mer utfyllende senere i fremstillingen.

<sup>50</sup> Derclaye (2005 II) s. 426

<sup>51</sup> Lorentzen (2002) s. 84



I William Hill-dommen premiss 70 slår EF-domstolen fast at den kvantitative vurderingen av den delen som er trukket ut, skal gjøres opp mot ”omfanget av hele basens innhold”. Målestokken er slått fast til å være hele databasen. Der en database er et resultat av vesentlig investeringer og en vesentlig del av innholdet er trukket ut, uttaler EF-domstolen at investeringene vedrørende den delen som er trukket ut, forholdsmessig sett er vesentlig.<sup>52</sup> Det vil derfor være en krenkelse å trekke ut vesentlig deler av databasen.

Den kvantitative vurderingen av vesentlighetskriteriet som gjøres ved krenkelsesspørsmålet er en annen vurdering enn den kvantitative vurderingen som gjøres ved vernespørsmålet. Dette fordi målestokken er forskjellig. Den kvantitative krenkelsesvurderingen har hele databasen som målestokk for vesentlighetsvurderingen, mens målestokken for vernespørsmålet er en annen. Det kommer jeg tilbake til i kapittel 3 av fremstillingen.

### 1.6.3 Den kvalitative vurderingen

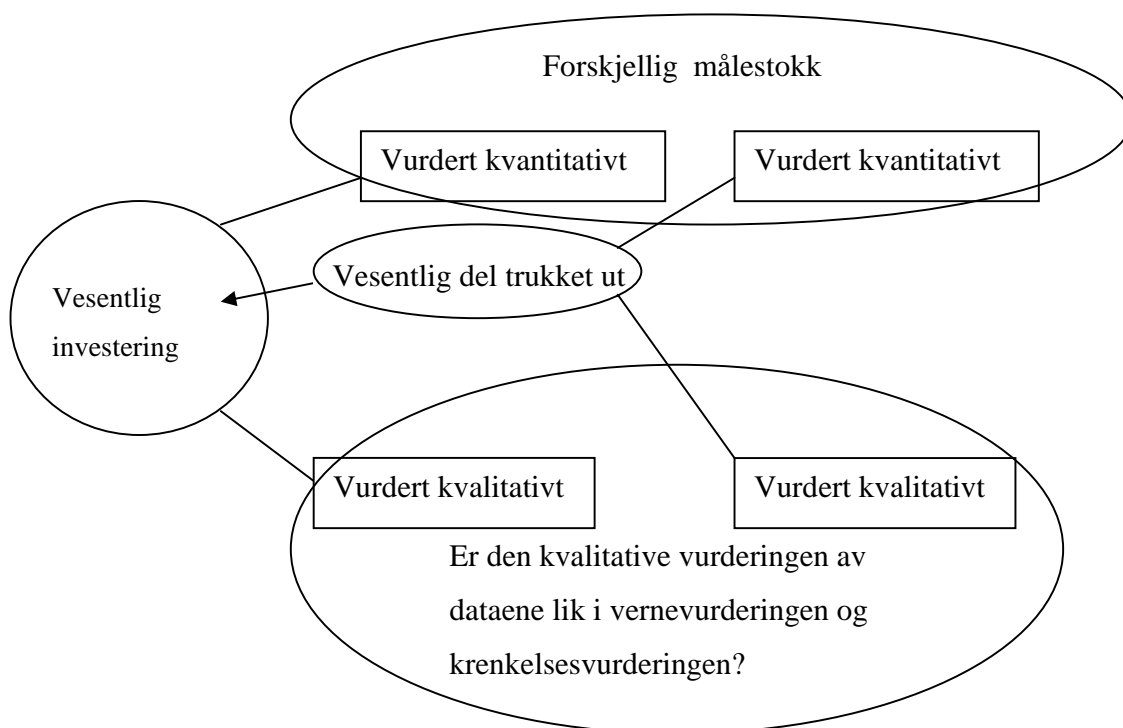
Den kvalitative vurderingen er for krenkelsesspørsmålet en subsidiær vurdering som kun vil være nødvendig å foreta der det som er trukket ut ikke er en kvantitativ vesentlig del av databasens innhold.

Det er vært stor usikkerhet om hvordan en kvalitative vurderingen av innholdet gjøres. En del av denne usikkerheten har vært forholdet mellom den kvalitative vurderingen ved spørsmålet om vern og ved krenkelsesvurderingen. Er de forskjellige eller like vurderinger? Dette vil bli redegjort i mer detalj under punkt 3.2.2 om den kvalitative vurderingen av investeringer.

---

<sup>52</sup> EF-domstolen uttaler at uttrekk av en kvantitativ vesentlig del av en database vil konstituere en krenkelse. Det kan muligens hevdes at den uttalelsen ikke helt er samsvar med at de samtidig påpeker at vurderingen av den uttrekte dels ”vesentlig karakter” skal vurderes med grunnlag i den investering som ligger til grunn for opprettelsen av databasen. Presumerer EF-domstolen at det alltid vil ligge investeringer av ”vesentlig karakter” når vesentlig deler av en databases innhold trekkes ut? Vil et uttrekk av en vesentlig del av databasens innhold være en krenkelse der det er svært lite investeringer knyttet til den uttrekte delen? Fordi fremstillingens tema er vernevurderingen lar jeg imidlertid problemstillingen ligge.

De kvalitative og kvantitative vesentlighetsvurderingene forholder seg til hverandre på følgende måte:



## 1.7 En oversikt over fremstillingens temaer

Direktivets artikkel 7.1 uttrykker at vern oppnås når innsamling, kontroll eller presentasjon av en databases innhold, ut fra en kvalitativ eller kvantitativ vurdering, er resultatet av en vesentlig investering.

I fremstillingens kapittel 2 vil jeg først redegjøre nærmere for databasebegrepet. Databaser er beskyttelsens objekt og er det eneste begrepet som defineres i selve direktivet. Det må foretas investeringer i databasen og det neste temaet vil være hva som ligger i direktivets investeringsbegrep. Videre vil hva investeringene må knytte seg til, nemlig innsamling,

kontroll og presentasjon, behandles. De rettslige spørsmålene dreier seg om hvilke typer handlinger som er relevante i vurderingen av kravet om vesentlig investering. Under spørsmålet om hva som er investeringer i innsamling, vil spørsmål knyttet til forskjellen mellom innsamling av data og produksjon av data bli nærmere drøftet.

I kapittel 3 vil vesentlighetsbegrepet vurderes. Hvilken målestokk skal anvendes for å vurdere kravet til vesentlig investering og hvilket nivå må investeringene ligge på for å være vesentlige i direktivets forstand, vil behandles.

## **2 Investeringer knyttet til innsamling, kontroll og presentasjon**

### **2.1 Databasebegrepet**

Ettersom det er databaser som er objektet for vernet, vil jeg i det følgende gi en kort redegjørelse for hva som ligger i begrepet "database".

I direktivets artikkel 1.1 defineres en database som "en samling selvstendige verk, data eller annet materiale ordnet på en systematisk og metodisk måte som det er individuell adgang til ved elektroniske eller andre midler".

I fortalens betraktning 17 utdypes begrepet på følgende måte: "Uttrykket database bør forstås slik at det omfatter litterære, kunstneriske, musikalske eller samlinger av verk eller samlinger av annet materiale, som for eksempel tekst, lyd, bilder, tall, fakta og data. Det bør omfatte samlinger av selvstendige verk, data eller annet materiale som er systematisk eller metodisk ordnet, og som det er individuell adgang til. Dette betyr at et opptak av et audiovisuelt verk, filmverk, litterært verk eller musikkverk som sådant ikke omfattes av dette direktivs virkeområdet."

Selv om begrepet er definert i direktivet og utdypes i fortalen, har det vært usikkerhet rundt omfanget av begrepet. Det resulterte i at EF-domstolen i OPAP-saken ble bedt om å

klargjøre databasebegrepets nærmere innhold.<sup>53</sup> Spørsmålet for EF-domstolen var om databasebegrepet inkluderte et program over fotballkamper.<sup>54</sup>

Domstolen stadfestet for det første at database begrepet skal tolkes vidt. Domstolen slår fast at dataenes natur er irrelevant og at oppramsingen i betraktning 17 i direktivet ikke er uttømmende. At de aktuelle elementene gjaldt informasjon om idrettsarrangementer var ikke noe hinder for at de kunne utgjøre elementer av en database.<sup>55</sup>

Domstolen gav for det andre en nærmere beskrivelse i hva som ligger i vilkåret ”en samling selvstendig materiale”. Selvstendig materiale må være elementer som kan skilles fra hverandre uten at deres informative, litterære, kunstneriske eller musikalske innholdsmessige verdi påvirkes av utskillelsen.<sup>56</sup>

Et siste poeng var at kravet om at sammenstillingen må være ”systematisk og metodisk” medfører et vilkår om at samlingen må finnes på et fast medium slik at det er mulig å konsultert dem individuelt.<sup>57</sup> Dette kommer ikke direkte fram i definisjonen eller betraktningene, men følger indirekte av fortalens betraktning 21. Der presiseres det at selv om materiale skal være ordnet systematisk og metodisk er det ikke nødvendig at det er ”fysisk lagret på en organisert måte”.<sup>58</sup> Det er naturlig å tolke betraktningen dit at materialet må være fysisk lagret, men at det ikke er krav om at selve lagringen er gjort systematisk.

---

<sup>53</sup> Fixtures Marketing Ltd (Fixtures) mot Organismos prognostikon agonon podosfairou AE sak C-444/02

<sup>54</sup> Saken er en av tre saker med Fixtures Marketing som saksøker. Dommen vil behandles flere steder i fremstillingen.

<sup>55</sup> OPAP premiss 23

<sup>56</sup> OPAP premiss 29, den dansk ”selvstendigt materiale”, engelske ”independent works” og den svenske versjonen ”självständiga element”

<sup>57</sup> OPAP premiss 30 den danske ” konsulteres individuelt”, engelsk ”individually accessible” og den svenske versjonen ” som var för sig är tillgänglig”

<sup>58</sup> At det er et krav om fiksering har også vært påpekt i teorien. Mark J. Davidson bruker eksemplet med at en tale som inneholder ulike deler av informasjon ikke kan være en database uten at den er fiksert på en eller annet måte. Davidson (2003) s. 70

EF-domstolen kom til at kampdager, tidspunkter for kampstart, hvilke lag som skal spille mot hverandre og hvilke lag som er hjemme- og borte lag, er data som har tilstrekkelig autonom og informativ verdi til at de kan utgjøre elementer i en database.<sup>59</sup>

## 2.2 Investering

Begrepet investeringer defineres ikke i selve direktivet men utdypes flere steder i fortalens betraktninger. I betraktning 7 står det at det kreves investeringer av ”betydelige menneskelig, teknisk og økonomisk ressurser” ved opprettelsen av databaser. Betraktning 39 henviser til ”økonomiske og faglige investeringer”, og i betraktning 40 forklares hvilke investeringer i forhold til det nye sui-generis vernet som vil være relevante: ”investeringen kan bestå i anvendelse av økonomiske ressurser og/eller bruk av tid, innsats og energi”. Investering betyr nettopp at det puttes penger, innsats eller tid inn i noe med den forventning at det skal skape en profitt eller avkastning. Ved at investeringsbegrepet er brukt, kan man dermed utlede at det må ligge et kommersielt motiv bak opprettelsen av databasen. Det er imidlertid ikke noe krav om at den som foretar investeringen er et selskap. En privatpersons investeringer i form av tid og innsats er like relevante.

Det har vært hevdet at det hadde holdt med å presisere at investeringen må være finansiell.<sup>60</sup> Tid og innsats fra mennesker er økonomiske kostnader, materielt utstyr for å lage en database koster penger, i tillegg til de rene økonomiske investeringene ved opprettelsen av en database. Alle innsatsfaktorene er her monetært målbare objekter som vil kunne dekkes av uttrykket ”finansiell investering”, i vid forstand. Det påpekes imidlertid i teorien at det kan finnes menneskelige investeringer som ikke nødvendigvis kan måles i forhold til tid og energi brukt. Som eksempel brukes investeringer i kompetanse, teknisk kreativitet eller psykologiske investeringer.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> OPAP premiss 33

<sup>60</sup> Se Derclaye (2005 I) fotnote 14 med videre henvisninger.

<sup>61</sup> Derclaye (2005 I) på side 5

De utfyllende presiseringene av investeringsbegrepet i fortalen, tyder på at Kommisjonen ønsket å være sikre på at ”investering” ble forstått i sin videste betydning.

Det sentrale vilkåret for om en database er vernet, er om den er et resultat av vesentlige investeringer eller ikke. Investeringene må relatere seg til innsamling, kontroll og presentasjon av databasens innhold. Direktivet oppstiller med andre ord et adekvanskrav mellom investeringene og databasen.<sup>62</sup>

## 2.3 Investeringer knyttet til innsamling av databasens innhold

### 2.3.1 Tolkningsproblemet

Direktivet gir ingen nærmere beskrivelse av kravet om at investeringene må ligge i innsamlingen av databasens innhold. Innsamling betyr å skaffe til veie eller fremskaffe noe. Usikkerheten rundt innsamlingsbegrepet har vært spørsmålet om hvor langt tilbake investeringene kan ligge for at de skal være relevante i vurderingen av vesentlighetskravet. Spørsmålet har vært om investeringer i innsamling betyr alle typer investeringer som er gjort for å fylle databasen med innhold eller er om det kun er investeringer gjort i arbeidet med å samle inn allerede eksisterende data, som er relevante. Usikkerheten har med at det er informasjon som er gjenstand for vern, men informasjon er ikke et enkelt definerbart produkt.

---

<sup>62</sup> Lorentzen (2002) på s. 60

### 2.3.2 Informasjon som gjenstand for vern

#### (i) Produksjon av informasjon

Informasjon er noe som eksisterer og som produseres. Det produseres ny informasjon hele tiden. Informasjon kan produseres ved å ta utgangspunkt i noe som allerede eksisterer og lage informasjon ut fra det, eller informasjon kan lages ut fra "intet". Et eksempel på den første måten å produsere informasjon på, er hvis man lager en beskrivelse av alle statuene i Vigelandsparken. Statuene står der og ved å beskrive statuene blir det produsert informasjon. Informasjon som produseres fra "intet" har blitt kalt "syntetiske data".<sup>63</sup> Eksempler på produksjon av slike syntetiske data er når Telenor lager et nytt telefonnummer eller når Universitetet lager en oversikt over semesterets forelesninger. Informasjonen blir produsert uten at den har sin opprinnelse i noe som allerede eksisterer.

#### (ii) Informasjon som kun har en kilde

For noen typer data vil det være slik at det kun kan være én produsent, fordi andre ikke vil ha tilgang til de faktorene som gjør det mulig å produsere informasjonen. Det er for eksempel bare Statoil som kan "lage" informasjon om sin egen virksomhet og resultater. Man får ikke informasjon om Statoil ved å se på Hydros resultater. Produsenten er den eneste informasjonskilden som eksisterer for den informasjonen. Et uttrykk som brukes der det kun er en informasjonskilde er "sole-source". Hvis "eneprodusenter" av informasjon får vern for innholdet gjennom reglene for databasevern, vil det oppstå monopol på informasjonen.

At det kunne oppstå monopolsituasjoner ved innføring av et databasevern, ble sett under forarbeidene til det som etter hvert ble til sui-generis vernet. Løsningen som ble presentert i det første utkastet til direktiv,<sup>64</sup> var to tvangslisensieringsbestemmelser, artikkel 8 nr. 1 og

---

<sup>63</sup> Maurer, Hugenholtz og Onsrud (2001)

<sup>64</sup> Com (92) 24



nr. 2. Etter artikkel 8 nr. 1 kunne tvangslisens gis under ”rettferdige og ikke-diskriminerende vilkår” der det materialet som utgjorde databasens innhold var gjort offentlig tilgjengelig, men ikke selvstendig kunne ”frembringes, innsamles eller tilvejebringes fra nogen annen kilde”.<sup>65</sup> Den andre bestemmelsen gjaldt informasjon gjort offentlig tilgjengelig av et offentlig organ, som enten var opprettet ”henblikk på at innsamle og offentliggøre informasjon i henhold til lovgivning, eller som har en generell forpliktelse til at gjøre dette”, artikkel 8 nr. 2.<sup>66</sup> Det økonomiske og sosiale komiteen var tilhengere av et mer proteksjonistisk vern og ønsket ikke at direktivet skulle inneholde tvangslisensieringsbestemmelser.<sup>67</sup> Imidlertid ble disse bestemmelsene opprettholdt med noen endringer i det andre utkastet fra 1993.<sup>68</sup> I artikkel 8 nr. 1, ble lisensieringen begrenset slik at lisens bare kunne gis dersom den det ikke kun var tidsmessige, innsatsmessige eller finansielle grunner til at noen ønsket en lisens.<sup>69</sup> Det måtte altså være andre grunner enn arbeidsbesparelser og pengemangel som gjorde at det var behov for lisens. For artikkel 8 nr. 2, som gjaldt tvangslisensiering fra noen offentlige organer, ble lisensiering utvidet til å inkludere private organ, som enten var opprettet eller gitt autorisasjon til å utgi visse typer informasjon.

De foreslåtte reglene om tvangslisensiering kom imidlertid ikke med i det endelige utkastet til direktiv. Begrunnelsen lå i to endringer: Det endelige utkastets artikkel 9 begrenser sui-generis retten i forhold til privat bruk av ikke elektroniske databaser, uttrekk til bruk til undervisning og forskning, og uttrekk som skjer av hensyn til den offentlige sikkerhet eller i forbindelse med administrativ eller rettslig prosedyre. Artikkel 9, sett i sammenheng med at uvesentlige deler av databasen ikke var vernet,<sup>70</sup> ble ansett som nok til å hindre at det nye direktivet skulle gi mulighet for opprettelsen av informasjonsmonopol.<sup>71</sup>

---

<sup>65</sup> Danske utgaven

<sup>66</sup> Danske utgaven

<sup>67</sup> Davidson (2003) s. 65

<sup>68</sup> Com (93) 464

<sup>69</sup> Tillegg nr. 18 i tilleggene fra 1993. (amendement 18 of the 1993 amendments.)

<sup>70</sup> Bortsett fra slik bruk artikkel 7 nr. 5 beskriver

<sup>71</sup> Døren ble allikevel holdt åpen for at direktivet ikke ville fungere etter sin hensikt. Artikkel 16 nr. 3, inneholder en regel om at det hvert tredje år skulle utarbeides en rapport av blant andre Kommisjonen. Rapporten skulle inneholde en vurdering om sui-generis retten medførte misbruk av en dominerende stilling

### 2.3.3 Sole-source databaser

For noen aktører oppstår det verdifull informasjon som et resultat av en annen aktivitet. Eksempler er radio – og TV programoversikter, rutetider for transportselskaper og oversikter over idrettsarrangementer. Når slik informasjon inngår som innholdet i en database kalles databasene for ”sole-source databaser”. Investeringene knyttet til slike databaser omfatter i all vesentlighet investeringer knyttet til selve produksjonen av de dataene som utgjør innholdet i databasen. Når dataene først er produsert, oppstår databasen nesten av seg selv. Hvis produksjonskostnader var relevante investeringer og databasen dermed var et resultat av vesentlige investeringer, ville det i praksis kunne bety informasjonsmonopol. Konkurranserettslige problemer vil kunne oppstå i slike tilfeller fordi produsentene er de eneste tilbyderne av informasjonen og vil legge premissene for om informasjonen skal kunne brukes av andre og i tilfellet, på hvilke premisser. Alle monopol er potensielt konkurransebegrensende hvis aktøren utnytter den dominerende stillingen. Et av EF-rettens hovedformål er å fjerne konkurransehindrede elementer, ikke lage regler som oppretter monopol. Et forslag til en løsning på hvordan databasedirektivet skulle anvendes på sole-source databaser for å unngå konkurranserettslige spørsmål, har sin opprinnelse i Nederland og kalles ”spin-off doktrinen”.

#### (i) Spin-off doktrinen

Ved gjennomføringen av databasedirektivet i Nederland, ble det stilt spørsmål fra et parlamentsmedlem til justisministeren om rekkevidden av databasevernet. Spørsmålet var om følgende tre databaser ville oppnå vern ved innføringen av databasevernet: en liste over ti nederlandske restauranter beåret med Michelin stjerne, en sammenstilling av stjerner i en nylig oppdaget galakse og en samling av radio- og TV programoversikter.

---

eller andre inngrep i den frie konkurransen. Den første rapporten skulle vært klar i 2001, men den har aldri kommet. Kommentert i Hugenholtz og Davidson (2005) s. 12

Den nederlandske justisministeren svarte at ingen av de nevnte databasene ville oppnå vern. Dette begrunnet han med at de investeringene databasene var et resultat av, var investeringer knyttet til en annen hovedvirksomhet og ikke knyttet til databasene direkte. Han utdypet dette ved å vise til at investeringene gjort ved utarbeidelsen av listen med Michelin restauranter, lå i det forarbeidet som gjøres før en restaurant blir tildelt en stjerne, og ikke i selve utarbeidelsen av listen i etterkant. Situasjonen er den samme for en sammenstilling av nylig oppdagede stjerner og for programoversikter. Når stjernene er oppdaget og sendeskjemaet bestemt, blir listene til ”av seg selv”. De er ”spin-off” produkter av en annen hovedvirksomhet.

De synspunktene som kom til uttrykk under gjennomføringen av direktivet, ble videreført i en sak fra det nederlandske konkurransetilsynet 10. september 1998 mellom avisen De Telegraaf og kringkastingsselskapene NOS og HMG. Saken gjaldt NOS og HMG som nektet å lisensiere retten til å trykke radio - og tv programoversikter til De Telegraaf. I tråd med EF- domstolens avgjørelse i Magill saken<sup>72</sup> kom det nederlandske konkurransetilsynet til at en slik nektelse var utnyttelse av dominerende markedsmakt, og dømte NOS og HMG for brudd på konkurranseretten. Selv om saken ble avgjort med grunnlag i konkurranseretten, benyttet tilsynet muligheten til å kommentere kringkastingsselskapenes påståtte sui-generis vern. Tilsynet uttalte at de fant det tvilsomt om kravet til ”vesentlig investering” ville vært oppfylt for programoversiktene, slik at de ikke kunne anses vernet etter sui-generis retten. Programoversiktene kunne, etter tilsynets mening, sies å være et ikke-beskyttet spin-off produkt. Dette synspunktet ble opprettholdt av ankeinstansen.

---

<sup>72</sup> C-205/89

Spin-off doktrinen argumenter dukket opp i flere nederlandske avgjørelser hvor argumentene enten forkastes eller brukes i vurderingen av om de aktuelle databasene var gjenstand for vern eller ikke.<sup>73</sup>

Spin-off doktrinen sier at databaser som er et resultat av investeringer plassert i en annen hovedaktivitet, ikke kan oppnå sui-generis vern. Vern oppnås kun der databasen er et resultat av at fremstilleren har hatt til hensikt å lage databasen og ikke der databasen kun oppstår på grunn av en annen aktivitet. Å lage databasen må være hovedvirksomheten, ikke bi-virksomhet.

Spin-off doktrinen formulerer en løsning på problemene i sole-source tilfellene. Dette fordi fremstillingen av databasene i sole-source tilfellene ikke vil være resultatet av hovedvirksomheten, men et ikke beskyttet spin-off produkt. Imidlertid finner man ikke støtte i direktivet for at det avgjørende kriteriet for vern, er at databasen må ha oppstått fordi fremstilleren har hatt som hovedvirksomhet å lage en database.

Man finner ikke argumentene fra spin-off doktrinen i avgjørelser fra domstoler utenfor Nederland og det har i teorien vært uttrykt stor usikkerhet om EF-domstolen ville avvise den eller gi sin tilslutning når spørsmålet ville forelegges dem til uttalelse.<sup>74</sup>

## (ii) Fixtures – og William Hill sakene

### a) Innledning

Med et par års mellomrom dukket det opp fire saker for nasjonale domstoler i henholdsvis Sverige, Hellas, Finland og Storbritannia som gjaldt databasevernet. Sakene dreide seg om

---

<sup>73</sup>National Newspapers mot Eureka Internetdiensten V.O.F med flere, Presidentens Distriktstrett Rotterdam, 22. august 2000; "kranten.com", NVM mot De Telegraaf, Presidentens Distriktstrett Hague, 12. september 2000 "El Cheapo". Appellretten i Hague, 21. desember 2001, Nederlands høyesterett 22. mars 2002. Wegner mot Hunter Presidentens Distriktstrett Groningen 18. juli 2002.

<sup>74</sup> Derclaye (2004), Hugenholtz (2003)

fremstillere av sole-source databaser som krevde sui-generis vern for sine databaser. Saksforholdene var som følger:

b) Fixtures-sakene<sup>75</sup>

Før hver fotballsesong i England og Skottland utarbeider de nasjonale fotballforbundene oversikt over sesongens kampoppsett. Det lages to typer lister. Den ene listen inneholder den kronologiske oversikten over kampene som skal spilles i løpet av sesongen. Den andre listen er systematisert lagvis for hvert lags kamper. Fotballforbundet hadde tildelt rettighetene til å utnytte listene til kommersiell tippevirksomhet til selskapet Fixtures. Det er en enorm industri forbundet med å tippe resultatene fra engelske og skotske fotballkamper som fotballforbundene ønsket å kontrollere.

Selskapene Veikkaus, OPAP og Svenska Spel tilbyr ulike varianter av pengespill, blant annet oddsspill, i henholdsvis Finland, Hellas og Sverige. De hadde ikke inngått noen lisensieringsavtale med Fixtures om rett til å bruke fotballkampene i sin oddsvirksomhet. Selskapene tilbød sine kunder å spille på resultatene av fotballkampene spilt i den engelske ligaen. Fixtures gikk til sak mot Veikkaus, OPAP og Svenska Spel og hevdet at listene over kampprogrammene var en vernet database og at ved å bruke informasjonen fra listene krenket de deres sui-generis rett.

c) William Hill-saken

I William Hill-saken dreide spørsmålet seg om rett til å bruke opplysninger knyttet til arrangering av hesteveddeløp i Storbritannia. British Horserace Board (BHB) organiserer britisk veddeløpsindustri og har en stor database som inneholder forskjellig typer informasjon. Informasjonen er innhentet fra hesteeiere, trenere, arrangører av hesteveddeløp og andre personer innenfor hestebransjen. Databasen består av innsamlede opplysninger, som stamtavler for hestene og resultater fra tidligere løp, i tillegg til

---

<sup>75</sup> Selskapet Fixtures var saksøker i tre saker.

opplysninger som produseres kontinuerlig. De opplysningene som produseres er startlister, handikaket og vekten som en hest får tildelt før et løp, og beslutningen om hvilken bås hesten skal starte i. Selskapet Wetherbys har ansvaret for driften av databasen og de årlige kostnadene til innsamling, produksjon og vedlikehold var rundt £ 4 millioner.

Konflikten dreide seg om retten til å bruke informasjon som var relevant for å kunne tilby brukere å spille på løpsresultatene. Det blir i forkant av hvert løp utarbeidet startlister for løpene. Disse listene utarbeides av selskapet Wetherbys. De har en telefonavdeling hvor 30 personer jobber.<sup>76</sup> Til telefonavdelingen blir påmeldinger ringt inn, visse standard kontroller av hest, rytter og eier foretatt og deretter blir en foreløpig startliste laget. Hestens trener, må dagen før løpet bekrefte at hesten stiller til start og hesten får da tildelt eventuelt vekttillegg, sadelnummer og startboks. Videreformidlingen av startlistene skjer gjennom to selskaper som har fått lisens til å drive med den virksomheten. Formidlingen skjer i form av "Declarations Feed" og "raw data feed" som blir sendt ut til de som abonnerer på disse tjenestene.

William Hill er et internetbasert spillsselskap som tilbyr sine kunder blant annet å vedde på resultatene av hesteveddeløpene. De mottok informasjon ved å abonnere på Declarations Feed og raw data feed. I tillegg fikk de informasjon ved at opplysninger stod på trykk i landets aviser. William Hill hadde ikke noen lisens til å bruke opplysningene. BHB gikk til sak mot William Hill fordi de mente at bruken var en krenkelse av deres sui-generis vern.

Overføring av sakene til EF-domstolen

Spørsmålet var om databasene oppfylte vilkårene for vern slik de kommer til uttrykk i direktivet. De nasjonale domstolene var usikre på hvordan direktivet skulle fortolkes og overførte derfor sakene til EF-domstolen for uttalelse etter EF-traktatens artikkel 234. EF-domstolen ble bedt om å klargjøre blant annet begrepene "investering", "innsamling", "kontroll" og "presentasjon", og om de investeringene som lå til grunn for opprettelsen av

---

<sup>76</sup> "call center"

databasene var slike investeringer som direktivet tok sikte på å verne. Den 9. november i fjor kom EF-domstolen med avgjørelser i de fire sakene.<sup>77</sup>

Ved avgjørelser fra EF-domstolen, utarbeides det som nevnt først et forslag til avgjørelse av generaladvokaten. I mange tilfeller følger EF-domstolen generaladvokatens forslag. I disse sakene avviker imidlertid EF-domstolen generaladvokatens forslag på flere punkter.<sup>78</sup> Generaladvokatens og EF-domstolens forskjellige tolkningsresultater er interessante fordi de omhandler rekkevidden av databasevernet. Som jeg kommer inn på under punkt 2.6 har forskjellene betydning for databasedirektivets omfang. Jeg vil i det følgende først redegjøre for hvordan investeringer knyttet til innsamling ble tolket av generaladvokaten og deretter hvordan EF-domstolen behandlet spørsmålet.<sup>79</sup>

Generaladvokatens forslag til tolkning av investeringer knyttet til innsamling

Generaladvokaten tar utgangspunkt i formålet med sui-generis retten, som formuleres som ”beskyttelsen av fremstillingen av en database”.<sup>80</sup> Begrepet ”fremstilling” mener generaladvokaten er et ”overbegrep” for begrepene innsamling, kontroll og presentasjon. Generaladvokaten mener at hvis man tar utgangspunkt i ”fremstilling”, som betyr å legge innhold inn i databasen, vil dette omfatte både eksisterende og nyskapte data. For å få de ulike begrepene belyst tar generaladvokaten utgangspunkt i ”å skaffe” i artikkel 7.1 og fortalens betraktning 39. I betraktning 39 i den norske versjonen står det at direktivet skal verne de investeringene som er gjort for ”å skaffe og samle inn innholdet”. Å skaffe, eller fremskaffelse<sup>81</sup> kan tas til inntekt for at produserte data inkluderes. Det danske ordet; ”innsamling” og flere av de andre tilsvarende begrepene brukt i andre språkversjoner,

---

<sup>77</sup> Fixture Marketing Ltd mot Oy Veikkasus Ab (Veikkasus) C-46/02, The British Horseracing Board Ltd m.fl. mot William Hill Organization Ltd (William Hill) C-203/02, Fixtures Marketing mot Svenska Spell (Svenska Spell) C-338/02 og Fixtures Marketing Ltd mot Organismos Progonostikon agonon podofairou AE (OPAP) C-444/02

<sup>78</sup> Også for de andre kriteriene, kontroll og presentasjon vil generaladvokatens forslag behandles.

<sup>79</sup> Argumentasjonen er likt bygget opp for en del av tolkningsspørsmålene og jeg vil bruke William Hill saken som hovedkilde, og Fixtures sakene der William Hill ikke behandler spørsmålet.

<sup>80</sup> GA WH premiss 38

<sup>81</sup> fremskaffelse er uttrykket brukt i den danske versjonen av direktivet.

mente generaladvokaten talte mest i retning av et krav om at dataene måtte eksistere på forhånd. Utrykkene brukt i betraktning 39 vurderte generaladvokaten til kun å være undergrupper av begrepet brukt i direktivteksten og derfor ikke språklig sett verdifulle tolkningsmomenter. Generaladvokaten konkluderer med at investeringene som hovedregel må knyttes til innsamling av eksisterende data. Imidlertid mener generaladvokaten at der hvor etableringen av data faller sammen med innsamlingen og sorteringen av dem, gjelder direktivets beskyttelse for databasen.<sup>82</sup> Generaladvokaten avviser med det skillet i spin-off doktrinen.

Generaladvokaten kom altså til den konklusjonen at selv om en virksomhet produserer nye data, vil vern kunne oppnås ved at handlingene faller inn under "innsamling". Slik innsamling vil foreligge der produksjonen av dataene skjer samtidig med bearbeidelsen av dem og det ikke er mulig å skille produksjon fra bearbeidelsen.

#### EF-domstolens tolkning av investeringer i innsamling av data

EF-domstolen presiserer også først formålet med direktivet. EF-domstolen formulerer det imidlertid litt annerledes enn generaladvokaten, og sier at formålet er å fremme og beskytte investeringer i "datainformasjonslagrings- og datainformasjonssøkingssystemer."<sup>83</sup> Formålet tilsier at investeringer må forstås slik at de betegner investeringer som ligger i "opprettelsen av databasens om sådan."<sup>84</sup> For investeringer knyttet til innsamling av databasens innhold, mener EF-domstolen at det betegner de midler som anvendes til fremskaffelsen av eksisterende selvstendig materiale og samlingen av de i databasen. Det skal derfor ikke tas hensyn til de midlene som brukes til selve frembringelsen av det selvstendige materialet. Domstolen begrunner dette med at sui-generis rettens formål er å stimulere til at aktører oppretter databaser som bidrar til utviklingen av lagrings - og

---

<sup>82</sup> GA WH premiss 46

<sup>83</sup> Direktivets betraktninger 9,10 og 12.

<sup>84</sup> WH premiss 30



behandlingssystemer for eksisterende data. Direktivet har ikke et formål å bidra til frembringelse av data som senere kan samles i en database.<sup>85</sup>

EF-domstolen viser til den språklige analysen generaladvokaten foretok av innsamlingsbegrepet, og de begrepene brukt i fortalens betraktning 39; å skaffe og samle inn.<sup>86</sup> Selv med mindre ”terminologiske avvik”, slår EF-domstolen fast at alle språkversjonene taler for at investeringer knyttet til frembringelsen av materialet holdes utenfor begrepet innsamling.<sup>87</sup>

Videre trekker domstolen inn fortalens betraktning 19 til støtte for sitt tolkningsresultat. I betraktning 19 står det at en samling av sanger på en CD som hovedregel ikke vil være et resultat av investeringer som er tilstrekkelig vesentlige til at de omfattes av sui-generis vernet. Denne svært kasuistiske betraktningen kom inn i fortalen etter politisk påtrykk fordi det hersket tvil om hvordan samle-CD’er ville bli kategorisert og om de ville oppnå vern som databaser.<sup>88</sup> Betraktningen har imidlertid i teorien vært tatt til inntekt for at investeringer som ligger i forkant av innsamlingen av eksisterende materiale ikke kan telles med som relevante investeringer.<sup>89</sup> EF-domstolen støtter en slik forståelse av betraktning 19.

EF-domstolen konkluderer med at det kun er innsamling av eksisterende selvstendig materiale som vernes etter direktivet. Investeringer knyttet til produksjonen av materialet er ikke en relevant faktor ved vurderingen av om databasen er et resultat av vesentlige investeringer.

EF-domstolen kommenterer ikke forholdet til spin-off doktrinen direkte, men kommer likevel med noen uttalelser som nok er rettet mot den. Det uttales at selv om de dataene som utgjør innholdet i databasen stammer fra en annen hovedvirksomhet, utelukker ikke

---

<sup>85</sup> WH premiss 31

<sup>86</sup> det danske direktivet bruker uttrykkene fremskaffelse og innsamling

<sup>87</sup> WH premiss 32

<sup>88</sup> Gastner (1997) s. 1135

<sup>89</sup> Hugenholtz (2003) s. 6, Derclaye (2005 I) s. 6-7.

det at databasen kan vernes.<sup>90</sup> Også etter at dataene er produsert, kan det være behov for systematiske eller metodiske struktureringer og behandling av dataene. Det kan for eksempel være nødvendig med behandling av dataen slik at de kan konsulteres individuelt. I tillegg kan det være behov for investeringer i kontroll av dataenes riktigheten mens databasen er i drift.<sup>91</sup> EF-domstolen avviser dermed spin-off doktrinen skille mellom de databasene som er et resultat av en annen hovedvirksomhet, som ikke kan få vern, og andre databaser som kan vernes. Det kravet EF-domstolen setter, er at fremstilleren må bevise at det er foretatt investeringer i innsamling, kontroll og presentasjon som er atskilt fra de midlene som er brukt til selve frembringelsen av dataene i databasen. Hvis det da foreligger vesentlige investeringer i databasen når man ser bort fra produksjonskostnadene, vil databasen være vernet.

Løsningen spin-off doktrinen gir og resultatet av at EF-domstolens tolkning av ”innsamling”, tjener mange av de samme formålene, blant annet å forsøke å unngå mulighetene for informasjonsmonopol. Kriteriene EF-domstolen benyttet seg av i sin tolkning har vesentlig større støtte i direktivet enn skillet i spin-off doktrinen. Spin-off doktrinen hadde også et absolutt resultat ved at databaser som var et resultat av bivirksomhet aldri kunne oppnå vern. EF-domstolen åpner for vern av slike databaser der det foreligger selvstendige investeringer i dem.

#### EF-domstolens subsumsjon

Konklusjonen i William Hill-saken ble at de investeringene som knyttet seg til ”utvalg, identitetssjekk, karakterisering og klassifisering av hestene, samt listing av eier og jockey”,<sup>92</sup> var produksjon av data. Selv om de utgjorde innholdet i veddeløpslistene, kunne de ikke forbindes med investeringer gjort i innsamling av en databases innhold.

---

<sup>90</sup> WH premiss 35

<sup>91</sup> WH premiss 36

<sup>92</sup> Lorentzen, (2005) s. 2

Investeringene kunne derfor ikke taes med i vurderingen av om databasen var et resultat av en vesentlig investering.<sup>93</sup>

I Fixtures-sakene konkluderte EF-domstolen med at de aktivitetene ligaene gjorde ved utarbeides av kamplistene krevde ingen særlig innsats utover det å frembringe opplysningene. Frembringelsen av dataene skjedde fordi ligaene var ansvarlige for tilretteleggelsen av fotballmesterskapene. EF-domstolen kom til at utover investeringene knyttet til frembringelsen av opplysningen forelå det ingen relevante investeringer.

### 2.3.4 Skillet mellom produksjon og innsamling

#### (i) Innledning

Skillet mellom investeringer i produksjon og innsamling som EF-domstolen legger opp til, ser ved første øyekast ut til å være et formålstjenlig og retts teknisk godt skille.

Ytterpunktene er klare: Investeringer knyttet til produksjon av syntetiske data, for eksempel det å lage hesteveddeløpslister og fotballkampprogrammer, er ikke relevante investeringer. Investeringer brukt til innhenting av eksisterende selvstendige data, for eksempel tid brukt for å finne alle stedene som selger Nudie jeans i Norge, vil være en relevant type investering i vurderingen om oversikten er en vernet database. For noen typer data er imidlertid ikke skillet mellom produksjon og innsamling, like enkelt å trekke.<sup>94</sup>

#### (ii) Forskningsdatabaser; ”Registrerbare data”.

En database kan bestå av data som stammer fra naturlige fenomener. Spørsmål rundt den rettslige situasjonen for slike databaser, har vært gjenstand for diskusjon i teorien. Derclaye har stilt spørsmål ved om databaser som inneholder det hun betegner som ”recorded data”

---

<sup>93</sup> WH premiss 38

<sup>94</sup> Er for eksempel data som oppstår i en intervju situasjon produserte av intervjueren eller samler han de bare inn?

vil være vernet.<sup>95</sup> Hun vurderer vernespørsmålet med utgangspunkt i spin-off doktrinen, og artikkelen er, etter EF-domstolen avgjørelser i *Fixtures* – og *William Hill* dommene, utdatert for det spørsmålet. De vurderingene hun gjør i forsøket på å klassifisere dataene er imidlertid fortsatt interessante. Hugenholtz har etter de nevnte avgjørelsene kommentert problemene med å klassifisere slike data.<sup>96</sup> Er dataene å anse som produserte eller innsamlede etter det skillete EF-domstolen formulerte i *Fixtures* og *William Hill*?

Hugenholtz<sup>97</sup> og Derclaye<sup>98</sup> trekker blant annet fram meteorologiske data og registrerte gensekvenser som eksempler på tilfeller der skillet mellom allerede eksisterende data og produserte data, blir vanskelig å trekke. Derclaye mener de både kan klassifiseres som innsamlede og som produserte. Innsamlingen skjer ved bruk av instrumenter slik at dataene blir gjort om til data som er forståelige for menneskers intellekt. Men hun påpeker at man også kan se dem som produserte siden de før omgjøringen ikke eksisterte i forståelig form, og dermed ikke kan anses å eksistere i det hele tatt. Hugenholtz mener slike data vanskelig kan sies å være samlet inn. Dette begrunner han med at meteorologiske data og gensekvenser er fortegnelser og gjengivelser av naturlige fenomener og ikke fenomenene i seg selv. Derclaye og Hugenholtz forsøker å klassifisere de ut fra vitenskapelige forskjeller.

Kan et skille trekkes mellom data som ikke før har vært forståelig for menneskers intellekt og dermed må anses som produserte og fenomener som har eksistert i forståelig form men ikke vært oppdaget eller observert før? Et slikt skille vil medføre at gensekvenser og meteorologiske data er produserte data mens for eksempel oppdagelsen av nye stjerner eller insektarter vil være innsamling av eksisterende data. Stjerner kan ha eksistert i milliarder av år, men uten at de har vært observert av menneskene før. De har eksistert i forståelig form, som en stjerne, men ikke før vært kjent.

---

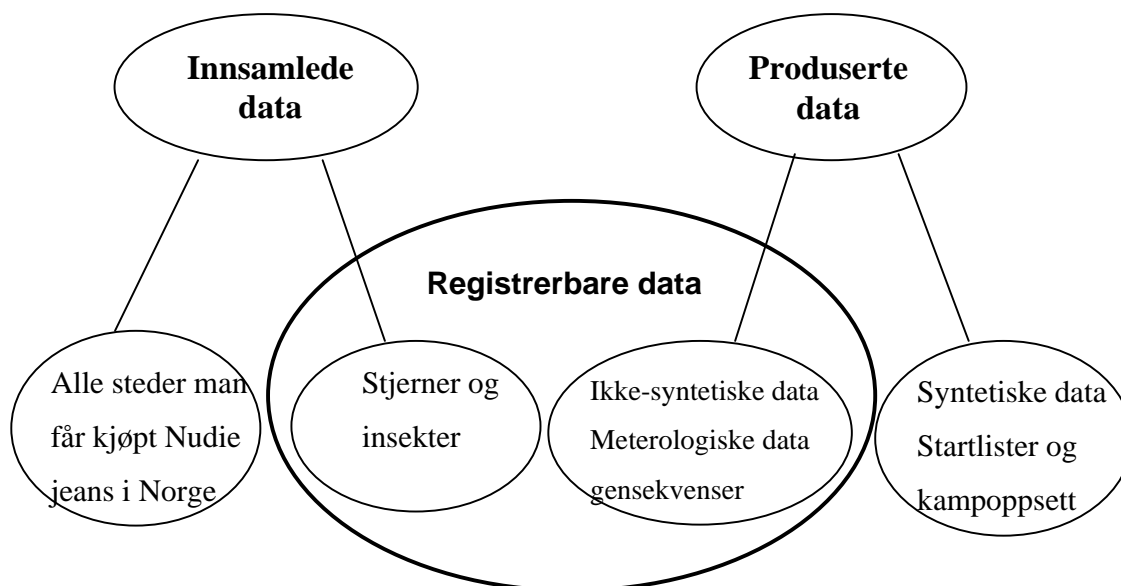
<sup>95</sup> Derclaye (2004) s. 411

<sup>96</sup> Hugenholtz (2004) og Davidson (2005)

<sup>97</sup> på side 5-6

<sup>98</sup> på side 411-412

Figur 3 over en mulig inndeling av registrerbare data i produserte og innsamlede data



De registrerbare dataene ligger i utgangspunkt åpent for registrering for alle som måtte ønske det. Det er ikke som i sole-source tilfellene kun en aktør som kan produsere dem. Imidlertid vil kostnadene rundt registreringen av dataene i de aller fleste tilfellene være forbundet med så store kostnader at det i realiteten kun er noen få aktører som har muligheten til å registrere dataene. Når registreringen først er gjort er det heller ikke samfunnsøkonomisk lønnsomt at noen andre må gjøre akkurat den samme kostbare handlingen en gang til, selv om det i prinsippet er mulig.

Selv om et skille basert på forskjeller mellom typene av registrerbare data muligens kan trekkes, er det fortsatt et spørsmål om det er et hensiktsmessig skille. Det er flere likhetstrekk enn forskjeller for de registrerbare dataene, og det enkleste vil være å klassifisere dem enten som innsamlede eller som produserte. Investeringer gjort for å registrere slike data er klart nyttige investeringer for samfunnets del. Spørsmålet er

imidlertid om resultatet av slike investeringer bør falle inn under reglene for vern etter databasedirektivet.

Databasedirektivet er et investeringsvern som skal bidra til utvikling av datalagrings - og datasøkingssystemer, og ikke, som EF-domstolen uttaler i William Hill-dommen, frembringelse av materiale som senere kan samles i en database. Imidlertid er det skillet som EF-domstolen gir anvisninger på, som påpekt, ikke særlig hensiktsmessig for de registrerbare dataene. Trolig vil EF-domstolen, hvis/når de får spørsmålet forelagt, ende opp med å klassifisere de enten som produserte eller som innsamlede. Det er liten tvil om det ligger et berettiget vernebehov for slike databaser, men det er ut fra hensyn som ikke er samsvarende med de hensynene som ligger til grunn for databasevernet. Hvis de skulle klassifiseres som innsamlede og dermed vernes, vil vernet uansett kunne begrenses ut fra den utvidede gjenbruks – og uttrekksretten i artikkel 9. Artikkel 9 gir medlemslandene mulighet til å lage regler om at uttrekk av vesentlig deler av databasen kan skje der den er gjort tilgjengelig for allmennheten og uttrekket er gjort med formål om bruk til vitenskapelig forskning. Uttreksretten er imidlertid begrenset ved at uttrekket kun kan skje i det omfang ikke-kommersielle formål berettiger det.<sup>99</sup> For de tilfellene databasefremstilleren skulle kommersielt misbruke sin stilling som eier/eneinnehaver av dataene, vil en slik opptreden kunne rammes av EF-traktatens artikkel 82 som forbyr utilbørlig utnyttelse av en dominerende stilling.

Jeg mener en mest hensiktsmessig måte å klassifisere de registrerbare dataene på er å se på de som innsamlede og at de vil falle inn under databasevernet.

---

<sup>99</sup> artikkel 9 b

## 2.4 Investeringer knyttet til kontroll av databasens innhold

### 2.4.1 Språklig forståelse av begrepet

Ordet kontroll kan ha flere betydninger, som for eksempel herredømme, overvåkning, granskning og oppsikt. Kontroll i direktivets forstand betyr å foreta handlinger som sikrer riktigheten av innholdet i databasen.<sup>100</sup> Kontroll av data kan være at dataene sjekkes en gang til mot kilden for å forsikre seg mot at ikke det har skjedd noen feil ved overføringen. Har det skjedd en feil må dataene korrigeres. Hvis kildemateriale har forandret seg, må dataene oppdateres for at de skal være korrekte.

Den usikkerhet som har vært ved forståelsen av hvilke investeringer som er relevante for kontroll begrepet, har som for investeringer knyttet til innsamling, sitt grunnlag i skillet mellom produksjon og innsamling. Spørsmålet er når dataene er ferdig produsert slik at endringer som foretas er kontrollhandlinger og ikke en del av produksjonshandlingene?

I William Hill-saken foretok Wetherbys kontroll av de innrapporterte dataene som utgjorde grunnlaget for beregning av for eksempel handikap og om hesten kunne stille til start i det løpet.<sup>101</sup> I Fixtures-sakene ble fotballistene oppdatert i løpet av sesongen når kamper måtte flyttes eller utsettes.

---

<sup>100</sup> Den engelske og franske direktivteksten bruker ordet "verifikasjon" i stedet for kontroll. "Kontroll" kan ha en videre betydning en "verifikasjon". Ettersom jeg ikke kan se at forskjellen har noen praktisk betydning for forståelsen av kriteriet, går jeg ikke nærmere inn på denne språklige forskjellen.

<sup>101</sup> For eksempel at ikke hesten fikk stille i et løp for 2-åringer hvis hesten var 3 år.

## 2.4.2 Generaladvokatens tolkning

Generaladvokaten presiserer at ”kontroll” i motsetning til ”fremskaffelse” har å gjøre med de data som databasen allerede inneholder.<sup>102</sup> Det tyder på at tidspunktet for den kontroll som artikkel 7.1 omfatter, må ligge etter at dataene er inntatt i databasen. Videre presiseres det hva som er kontrollhandlinger, nemlig kontroll av databasens elementer med hensyn til fullstendigheten og korrektheten av dem. Under dette hører også oppdateringshandlinger til. Resultatet av kontroll handlingene kan medføre et krav om å tilføre databasen nye data for at den skal være oppdatert.<sup>103</sup>

Generaladvokaten ser ut til å mene at det for utarbeidelsen av startlistene i William Hill-saken foretas en type kontroll som faller inn begrepet kontroll i direktivet jf. premiss 55.<sup>104</sup>

## 2.4.3 EF-domstolens tolkning og resultat

EF-domstolen presiserer at investeringer i kontroll, består for det første av midler som går med til å sikre troverdigheten av dataene som databasen består av. For det andre sikter det til midler brukt for å sikre dataenes nøyaktighet når databasen opprettes og mens den er i drift. Midler som brukes til kontrolloperasjoner som foretas i frembringelsesfasen er midler knyttet til produksjon av dataene og faller ikke inn under kontrollbegrepet i artikkel 7.1.<sup>105</sup>

I William Hill-dommen kom EF-domstolen til at de kontrollene Wetherbys gjorde under utarbeidelsen av listene, ikke var kontrollhandlinger som var vernet etter direktivet. Selv om handlingene bidro til å sikre riktigheten av hesteveddeløpslistene, lå kontrollen i

---

<sup>102</sup> GA i WH premiss 51

<sup>103</sup> GA i WH premiss 52

<sup>104</sup> Det kommer ikke klart frem fra generaladvokatens uttalelser hvilke konkrete handlinger det siktes til.

<sup>105</sup> WH premiss 34



produksjonen av dataene og ikke i å sikre troverdigheten av allerede eksisterende data.<sup>106</sup> EF-domstolen fant ingen selvstendige investeringer i kontroll utover produksjonskostnadene.

I Fixtures-dommen, ble imidlertid de oppdateringshandlingene som ble foretatt når kamper ble utsatt eller flyttet, ansett som relevante kontrollhandlinger. Listene var allerede utarbeidet og etterfølgende faktorer gjorde at de ikke lenger var riktige, men måtte endres for å være korrekte. Selv om det her var foretatt relevante handlinger konkluderte EF-domstolen kort med at de investeringene som lå i kontrollen ikke kunne anses for å være uttrykk for vesentlige investeringer.<sup>107</sup>

De kontrollhandlingene som foretas varierer etter om fremstilleren selv står for produksjonen av dataene eller om de innhentes fra andre informasjonskilder. Der dataene produseres vil det aldri være nødvendig med kontroll av dataenes riktighet ved opprettelsen av databasen. Imidlertid kan hendelser som inntreffer etter at databasen er opprettet, medføre at innholdet må oppdateres for at det skal være korrekt. For de databasene som består av innsamlede data, kan det imidlertid være behov for å sikre at dataene er korrekte før de blir en del av innholdet i databasen. Relevante kontrollhandlingene kan for de databasene dermed skje både i opprettelsesfasen og senere, ved at det kan være behov for oppdateringer av innholdet.

## 2.5 Investeringer knyttet til presentasjon av databasens innhold

### 2.5.1 Språklig forståelse av begrepet

Å presentere en ting eller et innhold betyr å legge det frem for noen slik at de kan gjøre seg kjent med det. Måten presentasjon kan skje på, avhenger selvfølgelig av hva man skal

---

<sup>106</sup> WH premiss 38

<sup>107</sup> Veikkaus premiss 45, OPAP premiss 50 og Svenska Spel premiss 34

presentere. Presentasjon kan skje muntlig, ved å vise noe frem fysisk frem, eller ved å bruke noe som formidler det man vil presentere.

### 2.5.2 Er investeringer i markedsføring knyttet til presentasjon av databasens innhold?

Et tolkningsspørsmål er om investeringer knyttet til presentasjon av databasens innhold er begrenset til investeringer i selve databasen eller om også investeringer gjort for å presentere databasens innhold utad kan falle inn under kriteriet. Spørsmålet dukker opp fordi det finnes eksempler fra nasjonal rettspraksis på at investeringer i markedsføring av en database har vært vurdert som relevante investeringer. I *Groupe Miller Freeman mot Tigest* gjaldt spørsmålet beskyttelsen av en katalog som bestod av kontakt – og bedriftsinformasjon til alle deltakerne på en årlig varemesse i Frankrike.<sup>108</sup> I første instans ble katalogen ansett å være et resultat av vesentlige investeringer. Dette var for det første på grunn av antallet handelsmenn og bedrifter som var presentert i katalogen. Det var ca 100.000 stk presentert. For det andre ble det vektlagt at det ved produksjonen av katalogen hadde vært brukt datamaskiner (materielle investeringer), og at kontrakter med næringsdrivende og arbeidstakere var blitt inngått (finansielle investeringer og menneskelige investeringer).<sup>109</sup> I andre instans la retten til at det også eksisterte en vesentlig investering i markedsføringen av katalogen og at de investeringene bidro til verdien av innholdet i databasen. Dommen ble straks kritisert i en fransk artikkel.<sup>110</sup> Forfatteren påpekte der at *sui-generis* vern ikke skulle kunne oppstå med grunnlag i investeringer som ikke direkte er rettet mot databasens innhold. Imidlertid kom det en ny fransk dom i 2001, *Cadremploi mot Keljob*, hvor investeringer i markedsføring ble vurdert som relevante kvalitative investeringer.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Paris CFI 22. juni 1999

<sup>109</sup> Derclaye (2005 I) s. 14

<sup>110</sup> L. Tellier-Loniewski desember 2001 187 Legipresse referert til av Derclaye (2004) fotnote 36.

<sup>111</sup> Paris CFI, 3rd chamber, 5. september 2001

### 2.5.3 Generaladvokaten og EF-domstolens tolkning

I Fixtures-sakene ble EF-domstolen bedt om å presisere hva som ligger i presentasjonskriteriet.

Generaladvokaten tolker presentasjon til å gjelde for det første investeringer knyttet til presentasjon for brukere, det vil si, det ”ytre format”. For det andre henvises det til investeringer i strukturering av innholdet.

I premiss 37 i Veikkasus uttaler EF-domstolen at investeringer som er forbundet med presentasjon, omhandler de midler som har til formål å tilføre databasen en informasjonsbehandlingsfunksjon. Det vil si de midlene som anvendes til den systematiske og metodiske strukturering av dataene, og som muliggjør at dataene kan konsulteres individuelt. Investeringer i presentasjon er altså midler som brukes for å gjøre informasjon til data som kan bli til en database, slik definisjonen er i artikkel 1.1.

Det kan stilles spørsmål om EF-domstolens presisering av presentasjonsbegrepet er smalere enn generaladvokatens. EF-domstolen gjør ingen henvisninger til investeringer brukt til å presentere informasjonen for brukerne. Spørsmålet er om EF-domstolen mener at investeringer ut over det å gjøre elementene individuelt tilgjengelig, vil være investeringer som faller utenfor. Investeringer i webdesign vil nok ikke anses relevante, men det er en glidende overgang mellom funksjonelle og estetiske presentasjonshandlinger. Definisjonen EF-domstolen gir er relativt snever og trekker mer i retning av at investeringer utover de rent funksjonelle, vil falle utenfor.

I Fixtures-dommene ble det ikke ansett å forligge noen investeringer knyttet til presentasjon av kamplistene. EF-domstolen poengterte at frembringelsen av kampprogrammene var for nært knyttet til hvordan de ble presentert. Det forelå ingen relevante investeringer i den systematiske og metodiske struktureringen av dataene, utenom den systematiseringen som skjedde underveis i produksjonen av dataene. EF-domstolen

fant heller ikke noen selvstendige investeringer som kunne få betydning for et eventuelt vern.<sup>112</sup>

For spørsmålet knyttet til markedsføringskostnader, er det lite tvilsomt at investeringer gjort for å gjøre databasen kjent og øke dens markedsverdi, vil være investeringer som faller utenfor presentasjonsbegrepet slik EF-domstolen definerer det. Slike investeringer vil ikke bidra til utvikling av informasjonslagrings- og søkingssystemer, og faller dermed utenfor de typer investeringer databasedirektivet tar sikte på å verne.

## 2.6 Kommentarer til EF-domstolens avgjørelser

### 2.6.1 Formålsbetraktninger

EF-domstolens tolkning om hva som er å anse som relevante investeringer, er preget av sterke formålsbetraktninger. Det er ikke databasedirektivets formål å verne investeringer i produksjon av informasjon, informasjonsprodusenter er det ingen mangel på. Vernet skal oppmuntre til investeringer i utvikling av behandlingsmåter for allerede eksisterende informasjon. Ironisk nok var de fleste gruppene som drev med lobbyvirksomhet for å få et databasevern, representanter for selskaper som produserte data. Et eksempel er den franske organisasjonen PMU, som er en interesseorganisasjon for hesteveddeløpsarrangører.

### 2.6.2 Skillet mellom uttalelsene til EF-domstolen og Generaladvokaten

Jeg forstår EF-domstolens uttalelser slik at der de data som utgjør databasen inneholder ett eller flere elementer av informasjon som ikke eksisterte på forhånd, er dataene å anse som produserte. For fotball- og hesteveddeløps listene eksister lagene og hestene på forhånd, men fotballforbundene og BHB legger blant annet til informasjon om tid, sted og

---

<sup>112</sup> Veikkaus premiss 45, OPAP premiss 51 og Svenska Spel premiss 35

sammensetningen av lagene eller løpene. Det er først etter de tilleggene at dataene oppfyller kravet om at de må ha selvstendig informativ verdi, slik at de kan utgjøre innholdet i en database.<sup>113</sup> Fordi dataene som kan utgjøre innholdet i databasen ikke eksisterer før BHB og fotballforbundene har lagt til visse elementer, er de å anse som produserte data.

Generaladvokatens mening er imidlertid at der dataene frembringes og bearbeides samtidig, vil det utgjøre innsamling i direktivets forstand. Spørsmålet om de kontaktopplysningene som utgjør innholdet i en telefonkatalog, er å anse som innsamlede eller produserte viser skillet. Dataene består av kundens navn og adresse, opplysninger som utvilsomt allerede eksisterer og som samles inn, og i tillegg da kundens tildelte telefonnummer. Telefonnummeret eksisterte ikke på forhånd og ble produsert av teleoperatøren. Kontaktopplysningene utgjør da både data som eksisterer og data som er produsert. EF-domstolens skillet gjør at slike data må anses som produserte. Hvis generaladvokatens syn hadde fått gjennomslag ville antakelig slike kontaktopplysninger vært klassifisert som innsamlede.

### 2.6.3 Sole-source produsenter, kravet om "selvstendige investeringer" og informasjonsmonopol – et skille mellom "grunndata" og "videreforedlet" data?

De tolkningene EF-domstolen gjør av begrepene investeringer knyttet til innsamling, kontroll og presentasjon, utelukker ikke at sole-source produsenter kan oppnå vern for databasen sin. Har det vært foretatt selvstendige investeringer som ikke kan relateres til produksjon av dataene, er de relevante i vurderingen om databasen er vernet. Vern kan oppnås der det foretas en slags "videreforedling" av de opprinnelige produserte dataene. De produserte dataene kan kanskje sees på som ikke-vernede grunndata. Der de er offentlig tilgjengelig vil andre aktører fritt kunne innhente de ikke-vernede grunndataene og benytte

---

<sup>113</sup> direktivets artikkel 1.1

seg av dem. De vil imidlertid ikke automatisk oppnå vern ved å samle inn grunndataene fra sole-source produsentene, hvis det ikke foreligger noen investeringer knyttet til innsamlingen. Det vil dermed foreligge et krav om videreforedlingsinvesteringer også for de eksterne aktørene. Der fremstilleren av sole-source grunndataene har foretatt ytterligere investeringer, vil vernet knytte seg til innholdet av databasen slik det fremstår etter videreforedlingen.

Hvis en slik forståelse av EF-domstolens skille mellom investeringer i produksjon og andre typer relevante investeringer kan legges til grunn, vil det kunne være en løsning for spørsmålet om sole-source produsenter potensielt kan få informasjonsmonopol på opplysningene sine. En viktig forutsetning er imidlertid at grunndataene er tilgjengelige. Et eksempel på at tilgang til grunndata har skapt et nytt konkurransebasert marked, er nummeropplysningstjeneste markedet.

Telefonkataloger har ofte vært brukt som eksempel på sole-source databaser. Det har vært avsagt dommer i flere land i Europa hvor spørsmålet dreide seg om en telefonkatalog er en vernet database eller ikke.<sup>114</sup> I alle sakene ble telefonkatalogen ansett som vernet. I Norge har telefonkatalogen vært vernet fordi den ”sammenstiller et større antall opplysninger”.<sup>115</sup> Det var lenge kun en aktør innenfor nummeropplysningsmarkedet og det var Telenor. Grunnen til at det kun var en aktør var at det var kun Telenor som hadde tilgang til alle numrene i Norge.<sup>116</sup> De andre teleaktørene var/er forpliktet til å gi sine abonnements data til Telenor, som igjen er forpliktet til å drive med nummeropplysningstjeneste og må hvert år utgi den offisielle telefonkatalogen.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Tyskland: Den Tyske Føderale Høyesterett sak nr. I ZR 1999/96 Tele-Info-CD, Frankrike: France Telecom v MA Editions Com. Court of Paris, 18 juni 1999. Fra Nederland: Court of Appeal of Arnhem, 15. april 1997 KPN mot Denda International med flere, Court of First Instance of the Hague, 14. januar 2000 KPN mot XSO

<sup>115</sup> åvl § 43

<sup>116</sup> Det er det tidligere datterselskapet Findexa som står for arbeidet. For enkelhetens skyld henviser jeg bare til Telenor

<sup>117</sup> Avtale 1. september 2004 mellom Telenor ASA og Staten ved Samferdselsdepartementet med hjemmel i lov av 4. juli 2003 nr. 83 kapittel 5

Det eksisterte ikke lovhjemlet monopol for Telenor til å drive nummeropplysning, men det var ikke mulig for nye aktører å tilegne seg de nødvendige grunndataene slik at det var mulig å starte opp slik virksomhet. Løsningen ble å gi teleoperatørene en plikt til på en ”objektiv, ikke-diskriminerende måte og til kostnadsorienterte priser å stille relevant nummeropplysningsinformasjon til rådighet på forespørsel fra tilbydere av opplysningstjeneste, når informasjonen skal nyttes i nummeropplysningsvirksomhet”.<sup>118</sup>

Sole-source databasefremstillere får vern der det foreligger ”selvstendige investeringer” i tillegg til investeringer i produksjon. Forutsetningen for at ikke informasjonsmonopol på disse dataene skal kunne oppstå er at andre aktører har tilgang til produserte grunndataene som ikke er vernet.

## 2.7 Avgjørelse fra den engelske høyesterett (appellretten) i William Hill-saken

Den 28. juni 2005 avsa den engelske høyesterett (appellretten) avgjørelse i ankesaken mot avgjørelsen av J. Laddie 9. februar 2001.<sup>119</sup> Med grunnlag i uttalelsene fra EF-domstolen, skulle appellretten anvende de tolkningsresultatene fra EF-domstolen på sakens faktum for å avgjøre om de skulle tillate anken.

BHB hevdet at EF-domstolens avgjørelse forstått riktig medførte at databasen vernet. De påstod for det første at EF-domstolen hadde misforstått sakens faktum slik at de konklusjonene som EF-domstolen kommer til ikke var korrekte.<sup>120</sup> For det andre påstod BHB at databasen fremstilles ved en serie innsamlings- og kontroll handlinger, og at den dermed ikke var et resultat av produserte data.

---

<sup>118</sup> ekomforskriften FOR 2004-02-16 nr 401

<sup>119</sup> [2005] EWCA (Civ) 863

<sup>120</sup> Jeg går ikke nærmere inn på diskusjonen rundt EF-domstolens rett til å konkludere i saker overført med hjemmel i EF-traktaten artikkel 234.

Lord Justice Pill avfeier BHB's anførsler. For spørsmålet om EF-domstolens forståelse av faktum, viser han blant annet til beskrivelsen EF-domstolen gjør innledningsvis i dommen i premiss 14. Denne, mener han, viser at EF-domstolen har forstått sakens faktum. For spørsmålet om dataene er produsert eller innsamlet mener Lord Justice Pill at BHB's argumentasjon for at databasen er et resultat av innsamling og kontroll av allerede eksisterende opplysninger begynner i "feil ende". BHB forsøkte ved beskrivelsen skritt for skritt å hevde at opplysningene eksisterte på forhånd.<sup>121</sup> Lord Justice Pill mener at hvis man ser på databasen når den er et ferdig produkt kommer det klart frem at den er et resultat av produksjon av data. Begrunnelsen er at det er kun BHB som kan produsere en slik offisiell liste. Ingen andre kan lage en slik liste og da kan man ikke konkludere med at databasen består av eksisterende selvstendig materiale.

Anken ble dermed tatt til følge.

---

<sup>121</sup> Det vil føre for langt å gå i detalj hvordan BHB bygget opp sitt resonnement for denne anførselen.



### **3 Vesentlig investering vurdert kvalitativt og kvantitativt**

#### **3.1 Vurderingstemaet**

I kapittel 3 ble det redegjort for hvilke typer investeringer gjort i innsamlings-, kontroll- og presentasjons handlinger som er relevante i vurderingen av om databasen er gjenstand for vern eller ikke. I dette kapittelet behandles tolkningsspørsmålene som knytter seg til vesentlighetsvurderingen. Direktivet gir ingen direkte henvisninger på nivået for vesentlighetsvurderingen, men sier at vurderingen skal skje på en kvalitativt eller kvantitativt måte. Det foreligger derfor svært få holdepunkter for de vurderingene som må foretas. Vurderingene vil ligge på et generelt plan og først og fremst dreie seg om å presentere de ulike tolkningsproblemene og trekke inn relevante tolkningsmomenter i vurderingen.

#### **3.2 Investeringer vurdert kvantitativ og kvalitativt**

Det er investeringer som skal vurderes kvalitativt og kvantitativt. Investeringsbegrepet ble nærmere redegjort for i kapittel 2.2

##### **3.2.1 Kvantitative vurderinger**

En kvantitativ vurdering dreier seg om å vurdere mengden av en type enhet. For investeringer vil vurderingene være om man har brukt vesentlig mye tid, energi eller økonomiske ressurser. Som nevnt under punkt 2.2 kan disse verdiene som regel gjøres om til penger. Man vil da få en total sum av de kvantitative investeringene som vurderes om de er vesentlige eller ikke.

### 3.2.2 Kvalitative vurderinger

#### (i) Innledning

I motsetning til kvantitet gir ikke kvalitet betegnelse på en mengde, men på verdien eller betydningen av noe. Kvalitet er et subjektivt og abstrakt begrep som kan variere mellom mennesker, land, kulturer og tidsrom.<sup>122</sup>

#### (ii) Forholdet vernevurderingen og krenkelsesvurderingen

For den kvalitative vurderingen har det i teori og praksis vært to forskjellige måter å se vernevurderingen og krenkelsesvurderingen i sammenheng på. En måte har vært å se på den kvalitative vurderingen som forskjellige ettersom det er vernevurderingen eller krenkelsesvurderingen man foretar. Lorentzen påpeker at den kvalitative vernevurderingen relaterer seg til om det foreligger kvalitative investeringer i form av knowhow, innsatsvilje og dedikasjon.<sup>123</sup> Hugenholtz bruker følgende eksempel på når det ligger kvalitative investeringer til grunn: Hvis man under opprettelsen av en ordbok bruker en person som er svært dyktig og har masse erfaring til å utvelge nøkkelordene for ordboken, vil det være en kvalitativ investering.<sup>124</sup> Den kvalitative krenkelsesvurderingen har imidlertid vært rettet seg mot en vurdering om det som er uttrukket er kvalitetsmessige kjerneelementer. Momenter i vurderingen av elementenes kvalitet har vært aktualitet og pris, samt grad av uvurderlighet, fullstendighet eller unikhet.<sup>125</sup>

En annen måte har vært å se de kvalitative elementene som de samme. Det er eksempler fra både teori og nasjonal rettspraksis at den kvalitative vurderingen har vært gjort ut i fra en

---

<sup>122</sup> Jensen (1999) s. 72

<sup>123</sup> Lorentzen (2002) s. 65

<sup>124</sup> Hugenholtz (1998) s. 190

<sup>125</sup> Lorentzen (2002) s. 86 fotnote 274 med videre henvisninger

vurdering av dataenes egenverdi, både ved vernevurderingen og ved krenkelsesvurderingen. Eksempler fra teorien er en database bestående av nye forretningsideer eller verdifulle verk vil være investeringer av kvalitativ art.<sup>126</sup> Ett uttrekk av noen av de verdifulle verkene har da vært ansett som en vesentlig del av databasen vurdert kvalitativt. H.A Jensen eksemplifiserer med en database bestående av alle verkene til Hamsun hvor en bruk av de mest berømte verkene vil kunne utgjøre en vesentlig del av databasen vurdert kvalitativt.<sup>127</sup>

Den første (rapporterte) saken der det ble vesentlig investering på grunn av kvalitative investeringer er fra en dom fra Tyskland i 1997.<sup>128</sup> I engelsk oversettelse uttalte domstolen at: "an investment that evidences a long-term entrepreneurial activity, a prominent place in the respective market and a solid reputation in the particular trade is a qualitative substantial investment". Det er her markedsføringsutgifter som har blitt vurdert som kvalitative investeringer. Som nevnt under kapittel 2.5, er det lite sannsynlig at slike investeringer er investeringer som vernes etter databasevernet.

Som nevnt finner man i rettspraksis eksempler på at den indre verdien av dataene har vært tillagt betydning ved vurderingen av om de er å anse som en kvalitativ vesentlig del av databasen. En sak fra Nederland brukes som eksempel. Saken dreide seg om en webbasert søkeagent, drevet av De Telegraf kalt "El Cheapo". Søkeagenten lot brukere søke etter ulike varer og tjenester, blant annet søke etter eiendomsannonser. NVM er den nederlandske eiendomsmeglerforbundet. "El Cheapo" hentet blant annet ut eiendomsannonser fra NVM's medlemmers databaser, og NVM gikk til sak og hevdet at deres medlemmers sivilgeneris retter var krenket. Domstolen kom her til at det her forelå uttrekk og/eller gjenanvendelse av vesentlig del vurdert kvalitativt. Begrunnelsen var at bare noen få

---

<sup>126</sup> Derclaye (2005 I) s. 28

<sup>127</sup> Jensen (1999)

<sup>128</sup> Frankfurt District Court 19 Februar 1997, referert til av Derclaye (2005 I) på s. 29 fotnote 133 med videre henvisninger

eiendomsannonser kunne være av stor verdi for brukerne og dermed en kvalitativt vesentlig del.<sup>129</sup>

I ”El Cheapo” dommen er den kvalitative vurderingen gjort ut i fra verdien av materialet for brukeren. Det samme er tilfellet der man anser et uttrekk av de mest kjente verkene av Hamsun for å utgjøre en vesentlig del vurdert kvalitativt. Vurdering skjer av den indre verdien av materialet. Slike betraktninger står i kontrast til direktivets fortale nr. 46 hvor det står at selv om man kan forhindre uttrekk fra databasen, skapes det ikke en selvstendig rett til selve materialet. I William Hill-saken hevdet BHB at de opplysningene som var trukket ut av databasen var en kvalitativt vesentlig del og begrunnet det med at opplysningene var sentrale for tilretteleggelsen av hesteveddeløpene.<sup>130</sup>

(iii) EF-domstolens vurdering av ”vesentlig del vurdert kvalitativt”

EF-domstolen presiserer begrepet ”vesentlig del vurdert kvalitativt”. De påpeker at det henviser til omfanget av investeringene forbundet med innsamling, kontroll og presentasjon av den gjenstand som vurderes.<sup>131</sup> Hvis gjenstanden kun utgjør en liten del vurdert kvantitativt, kan den allikevel utgjøre en vesentlig del kvalitativt på grunn av vesentlige investeringer gjort i akkurat den delen. Videre viser EF-domstolen til den nevnte betraktningen i fortalen og bemerker at den indre verdien ikke er et relevant kriterium ved bedømmelsen av vesentlighetsvurderingen.<sup>132</sup> Det var derfor ikke relevant at de dataene William Hill hadde trukket ut var ”viktige” data for tilretteleggelsen av hesteveddeløp, siden det ikke lå en vesentlig investering i dem.

Etter EF-domstolens presisering av kvalitetsvurderingen, er det klart at innholdes kommersielle, informasjonsmessige eller kulturelle verdi ikke er et relevant moment i

---

<sup>129</sup> Dommen ble opphevet i annen instans på et annet grunnlag.

<sup>130</sup> C-203/02

<sup>131</sup> WH premiss 71

<sup>132</sup> WH premiss 72

vurderingen av om en database er vernet.<sup>133</sup> Det er investeringene knyttet til arbeidet med dataene som er det avgjørende. Dermed er det de samme verdiene som skal legges til grunn i den kvalitative vurderingen både ved vernespørsmålet og ved krenkelsesvurderingen. (se figur under punkt 1.5.3)

#### (iv) Kvalitativ vurdering av investeringene

En kvalitativ vurdering har med hvor mye jobb det har vært med den enkelte data å gjøre. Momenter vil kunne være om det har tatt mye tid, krevd spesiell kompetanse for å innhente dataen, om kontrollen eller struktureringen av en eller annen grunn har vært krevende. Den måten Lorentzen og Hugenholtz vurderer investeringer kvalitativt er den korrekte måten.

Det må antas at det ligger et krav om at det må være en grunn til at de aktuelle dataene krever mye arbeid. I den forbindelse kan det nevnes at det i teorien har det vært diskusjoner om det er den faktiske investeringen som skal legges til grunn, eller en form for median<sup>134</sup> vurdering der man legger til grunn hva en utenforstående måtte ha investert for å lage en tilsvarende database.<sup>135</sup> Det er imidlertid ikke i tråd med formålet at en fremstiller som bare har vært treg eller ineffektiv ved behandlingen av enkelt tilgjengelige data vil kunne hevde at det foreligger en kvalitativ investering fordi det har gått med mye tid til å innhente dem.<sup>136</sup>

I en tysk dom mener jeg at man finner et godt eksempel på en kvalitativ investering uten at det ble påpekt i dommen. I Kidnet.de mot Babynet.de var spørsmålet om en samling av 251 lenker til blant annet foreldreorganisasjoner og selvhjelpsorganisasjoner, var vernet.<sup>137</sup> I arbeidet med samlingen av informasjon om de ulike organisasjonene brukte Kidnet

---

<sup>133</sup> Det meste av den usikkerhet som har vært for hva som ligger i den kvalitative vurderingen for sui-generis retten og forholdet til opphavsrett er dermed ryddet av veien. Se Davison (2003) s. 90, Jensen (1999) s. 64

<sup>134</sup> Median betyr aritmetisk gjennomsnitt

<sup>135</sup> Lorentzen (2002) på s. 60 med blant annet henvisninger til Andersen (2001)

<sup>136</sup> Jeg mener Lorentzen på side 60 støtter en slik vurdering ved at hun uttaler: "Jeg mener en fornuftig løsning er å legge til grunn faktiske investeringer saklig begrunnet i den konkrete produksjonssituasjonen."

<sup>137</sup> Cologne District Court 25 august 1999

ekspertise for å forsikre seg at det som ble lagt ut var harmløst og ikke upassende i noen form. En slik investering er av en investering av kvalitativ art. Det legges inn ekstra investeringer i dataene før de utgjør en del av databasen.

Ved at kvaliteten ikke har noe med den indre verdien å gjøre, men kun med investeringer knyttet til den enkelte dataene, er det strengt tatt ikke noe skille mellom kvalitative og kvantitative investeringer ved vurderingen av om investeringene er vesentlige. Har man brukt mye tid og penger til innhenting av noen få data, ligger det jo både en kvalitativ investering og en kvantitativ investering i dataene. Det er først i de situasjonene hvor en liten del av databasen er trukket ut, at spørsmålet om dataene er et resultat av vesentlige investeringer vurdert kvalitativt, er avgjørende for spørsmålet om de er vernet.

### 3.3 Hvor mye investeringer er vesentlige?

#### 3.3.1 En rettslig standard

Direktivet gir ingen direkte veiledning for hvor investeringsgrensen skal ligge for at den skal anses som vesentlig. Heller ikke i fortalen gis det noen direkte veiledning. Direktivet sier at investeringene skal være vesentlige uten å si hva de skal være vesentlig i forhold til.

Kravet til vesentlig investering er en såkalt rettslig standard. Det er ikke noe unormalt at det for rettslige standarder ikke er klare holdepunkter for hvor grensen skal gå. Meningen er at den nærmere avklaringen skal skje gjennom rettspraksis og at det først er når man har med et faktum å gjøre, at det er mulig å foreta en hensiktsmessig vurderingen om hvor grensene skal trekkes.<sup>138</sup>

---

<sup>138</sup> I de tyske forarbeidene uttales det at man her står ovenfor en standard som domstolene må vurdere det nærmere innholdet av, BR-Drucks 966/96 på s. 47.

Selv om kravet til vesentlig investering er en rettslig standard, er den allikevel spesielt vag. Andre rettslige standarder som gir anvisning på vurdering av en slags mengde, har en målestokk å vurdere opp mot. For kravet til "vesentlig kontraktsbrudd" er vurderingen hvor langt unna den foreliggende situasjonen er fra å oppfylle kontrakten fullt ut.

### 3.3.2 Målestokken

For å kunne si om en mengde er "vesentlig" må man i de fleste tilfellene ha noe å måle mengden mot. Ytterpunktene kan ofte trekkes. For eksempel vil to stykker av noe ofte være en uvesentlig mengde mens 1 milliard, ofte vil være en vesentlig mengde. Imidlertid vil to stykker være en vesentlig del hvis det totale antallet er tre, mens 1 milliard vil være en uvesentlig del hvis totalen er 1.000 milliarder. Antallet må altså vurderes opp mot et annet antall og det man måler det opp mot kalles målestokken.

En målestokk kan være relativ eller den kan være fast. En relativ målestokk er det motsatte av en fast målestokk. Det mengden måles mot er ikke en fastsatt grense, men måles mot en annen relevant størrelse. Ved bruk av en relativ målestokk vil ofte mengden av det man skal vurdere avgjøre hvilken målestokk som skal brukes. En fast målestokk betyr derimot at vurderingene skal skje opp mot samme nivå, uavhengig av størrelsen på den mengden som skal måles. Spørsmålet er om vesentlighetsvurderingen skal skje etter en fast eller relativ målestokk.

En fast målestokk på X antall euro eller kroner, vil dersom kravet settes høyt, være til fordel for de store selskapene som har midler å bruke på opprettelsen av databaser. Hvis investeringene skal vurderes etter en relativ målestokk, må målestokken være en verdi som kan brukes for alle databasefremstillere. Eksempler kan være å vurdere investeringen mot årlig omsetning for selskapet eller den totale verdien av selskapet. Hvis kostnadene ved databasen er 20% av den årlige omsetning, vil spørsmålet da være om den prosenten kan sies å utgjøre en vesentlige investering. En relativ målestokk vil kunne være fordelaktig for små selskaper som ikke har finansiell styrke til å investere like mye i databasen sin, som

store selskaper. For store selskaper kan imidlertid en relativ målestokk gjøre det vanskeligere å oppnå vern hvis selskapene er store. Imidlertid vil selskapene kunne løse dette ved å opprette små datterselskaper som tar seg av driften av databasen, slik at omsetning eller total verdi av det selskapet blir lavt og vern lett kan oppnås.<sup>139</sup>

Ved at direktivet ikke inneholder noen nærmere indikasjoner på hva en eventuell relativ målestokk skulle være, er det vanskelig å komme til at det er en slik målestokk direktivet tar sikte på. Det finnes ikke spor etter bruk av en relativ målestokk i de dommene som er avsagt av nasjonale domstoler i EØS-området i saker som gjelder databasevern.<sup>140</sup>

Rettstekniske hensyn og hensyn til forutberegnlighet trekker i retning av at direktivet gir anvisning på et mer fast nivå for vurderingen.<sup>141</sup> At direktivet ikke har presisert nivået nærmere, har naturlig nok sammenheng med at det er en rettslig standard som skal være gjenstand for en helhetsvurdering, og at situasjonen i databasemarkedet kan forandre seg slik at det er lite hensiktsmessig å konkretisere nivået i selve direktivet.

Spørsmålet er følgelig om vesentlighetskravet kan antas å være et høyt eller lavt nivå.

### 3.4 Vesentlighetskravet

#### 3.4.1 Innsamling, kontroll og presentasjon

Et spørsmål som kan stilles er om innsamling, kontroll og presentasjon er alternative vilkår slik at det er et krav om at i hvert fall ett av kriteriene må være et resultat av vesentlige investeringer. Eller er kravet at investeringene samlet sett må være vesentlige, uten at noen av kriteriene i seg selv oppfyller kravet.

---

<sup>139</sup> Jensen (1999) tar utgangspunkt i åtte momenter som han mener kan bidra i vurderingen om investeringen må anses vesentlig. Som Lorentzen (2002) påpeker på s. 66 finnes det ikke støtte for momentene og de kan trekke i ulike retninger. Jeg går derfor ikke nærmere inn på disse.

<sup>140</sup> Oversikt over nasjonal rettspraksis finnes på <http://www.ivir.nl/files/database/index.html>

<sup>141</sup> Lorentzen (2002) s. 67 kommer til samme konklusjon.



De forskjellige versjonene av direktivet taler mest i retning av at kriteriene er alternative. Den engelske utgaven er klar: "...substantial investment in **either**<sup>142</sup> the obtaining, verification or presentation..." Den norske, svenske og danske utgaven er ikke like klare fordi de mangler det tilsvarende uttrykket "either". Imidlertid trekker de også i retning av å anse kriteriene som alternative ettersom det står "eller" i stedet for "og" mellom de to siste kriteriene.

Formålet med vernet å beskytte investeringer gjort i lagrings- og søkningssystemer for data, taler imidlertid mot en slik forståelse, dersom kravet til vesentlig investering er høyt. Investeringene er beskyttelsesverdige også for de tilfellene der det ikke foreligger vesentlig investeringer i de enkelte handlingskriteriene, men som samlet sett oppfyller kravet. Det at de ulike språkversjonene av direktivet trekker i retning av at det er alternative vilkår, kan imidlertid tas til inntekt for at kravet til vesentlig investering ikke er ment å være så høyt.

### 3.4.2 Ordet vesentlig

Ordet "vesentlige"<sup>143</sup> henviser det til noe som er det motsatte av uvesentlig.<sup>144</sup> Dette fastslår også EF-domstolen i premiss 73 i William Hill-dommen. Vesentlig er et ord som brukes som en forsterkende betegnelse på det ordet det forholder seg til. I dette tilfellet beskriver ordet "investeringer". Synonymer for "vesentlig" er; viktig, betydelig, stor, verdifull, fundamental, grunnleggende og prinsipiell. Det ligger et spenn mellom disse begrepene og vesentlig må kunne sies å være et elastisk begrep som spenner seg fra å kunne beskrive noe som er stort til noe fundamentalt. Selve ordets betydning trekker i retning av at nivået ikke skal være så veldig lavt. Leistner har imidlertid hevdet at det ikke kan legges særlig vekt på ordet "vesentlig".<sup>145</sup> Han begrunner dette med at man ikke finner

---

<sup>142</sup> Min utheving

<sup>143</sup> Andre språkversjoner er "substantial", "wesentliche", "vaesentlig" og "väsentlig"

<sup>144</sup> I norsk teori har det vært spørsmålet om vesentlig er det motsatte av uvesentlig.

<sup>145</sup> Leistner (2000) og Leistner (2002)

ordet ”vesentlig” der hvor fortalen henviser til investeringer.<sup>146</sup> Dette argumentet har møtt motstand.<sup>147</sup> Direktivets ordlyd har forrang framfor det som kan utledes av betraktningene i fortalen. Betraktningene er kun ment å gi veiledning der direktivet er uklart og det er ikke uklart at direktivet krever en vesentlig investering. Det er en naturlig slutning å vurdere det slik at ordet vesentlig kom inn for en grunn og hadde det ikke vært ment å gi noen retning for investeringsvurderingen, ville det vært utelatt. Setningen ”de minimis non curat preator”, som betyr at loven ikke bryr seg med bagateller, får anvendelse. En språklig tolkning trekker derfor mer i retning av et høyt krav enn et lavt krav.

### 3.4.3 Fortalens betraktning 19<sup>148</sup>

Betraktning 19 handler om at en samling av sanger på en CD-plate, som hovedregel ikke vil være resultatet av en investering som er tilstrekkelig vesentlig etter direktivets krav. Uttalelsen er det nærmeste man kommer eksemplifisering av nivået for vesentlighetskravet i direktivet. Betraktningen gir ingen nærmere avklaring på hvorfor slike samlinger som hovedregel vil falle utenfor vernet. Betraktningen har imidlertid, som tidligere nevnt under kapittel 2.3.3 (i), vært tatt til inntekt for at produksjonskostnader ikke er relevante investeringer i vesentlighetsvurderingen. Betraktning 19 åpner altså for at slike samlinger kan være et resultat av vesentlige investeringer. Det kan vanskelig tenkes at det arbeidet som ligger i å innhente, kontrollere og presentere musikkverk kan være resultatet av de helt

---

<sup>146</sup> Fortalens betraktning 7 og 39-41

<sup>147</sup> Derclaye (2005 I)

<sup>148</sup> Derclaye hevder i sin artikkel (2005 I), at en tolkning av fortalens betraktning 17 gjør at betraktning 19 ikke kan anses å ha noen betydning. Betraktning 17 gir en nærmere avklaring av databasebegrepet og presiserer at musikalske verk i seg selv, ikke vil oppfylle kravet til individuell konsultasjon og dermed ikke kunne utgjøre en database. Derclaye begrunner sitt synspunkt med at emner som oppnår adekvat beskyttelse ved opphavsrettslig vern eller ved naborettigheter, ikke også skal oppnå sui-generis vern. Dette mener hun følger indirekte av betraktning 17. Jeg følger ikke Derclaye resonnement her. Betraktning 17 gir klart uttrykk for at en samling musikalske verk kan utgjøre en database, og at det kun er det musikalske verket i seg selv som ikke oppfyller kravet til individuell konsultasjon. En CD er ikke et åndsverk, og kan derfor ikke vernes i seg selv. Imidlertid består CD'en av vernede elementer, som musikkverk og lydopptakene.. Det betraktning 19 gir uttrykk for er at en slik samling som hovedregel ikke har medført investeringer som er vesentlige nok til sui-generis vern, men at dette bare er hovedregelen.

enorme investeringene, når man ser bort fra produksjonskostnadene. Dette taler i retning av vesentlighetskravet må sies å være et lavt krav.

#### 3.4.4 De tilstøtende rettighetene

Databasevernet er ett av opphavsrettens naborettigheter. Kan det utledes noen argumenter til støtte for et høyt eller lavt vesentlighetskrav ved å se hen til de tilstøtende rettighetene?

##### (i) Vernet for lydopptak

Vernet for lydopptak er også et investeringsvern som hører til opphavsrettens naborettigheter. Det kreves imidlertid ikke store investeringer for å få vern. Vilkåret for vern er fiksering av lyden, og det er ikke nødvendigvis behov for store investeringer for å få tatt opp lyden. Vanligvis ligger investeringer i produksjonen av lydene og ikke fikseringen. Selv om vernet for lydopptak er et investeringsvern, er det for forskjellig til å kunne utlede noen argumenter for vurderingen av om vesentlighetsnivået for databaser er et høyt eller lavt krav.

##### (ii) Forholdet til opphavsretten

Opphavsrettslig vern gis til samlinger der utvelgelsen eller struktureringen har verkshøyde. Det kan hevdes at det er et lavt nivå for frembringelse som i de tilfellene gis opphavsrettslig vern. Hvis sui-generis retten kan sies å være ”under” opphavsrettsvernet, kan det trekke i retning av kravet til vesentlig investering ikke bør være så høyt at det er spesielt vanskelig å oppnå.<sup>149</sup> Det har vært uenighet i teorien om opphavsrettslige argumenter kan brukes i vurderingen av sui-generis retten. Uenigheten har blant annet rettet seg mot det engelske originalitetskravet, hvor arbeid vernes dersom de er resultatet av ”skill, judgment and labour”, kan brukes som argument i vurderingen av

---

<sup>149</sup> Leistner (2002)

vesentlighetsnivået. Leistner har trukket dette argumentet inn for å støtte opp under sin oppfatning om at vesentlighetsnivået er lavt. Derclaye har imøtegått det argumentet med blant annet å henvise til uttalelser fra High Court i William Hill-dommen som sier at begrunnelser for opphavsrettslig beskyttelse ikke er relevante ved tolkning av sui-generis retten.<sup>150</sup> Direktivets forarbeider trekker klart i retning av at sui-generis retten ikke skal sees på som en rettighet som ligger under opphavsrettsvernet. Om man kan trekke ut noe argument i den ene eller den andre retningen når man ser sui-generis retten i forhold til opphavsretten, er usikkert.

### 3.4.5 Formålsbetraktninger

Vernet skal bidra til utvikling av informasjonslagrings- og informasjonssøkingssystemer. Hvis kravet til investeringer settes høyt, vil det kunne hindre at aktører tar sjansen på at de vil nå det investeringsnivået som kreves. Et argument for et høyt krav har vært at det vil minske muligheten for monopolisering av informasjon. Muligheten for monopol er imidlertid liten når produksjonskostnader må holdes utenfor investeringsvurderingen, slik at det ikke lenger er et relevant argument for et høyt krav. Formålet tilsier derfor et lavt krav til investeringene for at databasen skal få vern.

Formålet med databasevernet er også at folk skal få tilgang til å bruke databaser hvor informasjonen er systematisert. Hvis investeringskravet er høyt, kan resultatet bli at databaser må bygges opp i skjul for at de skal nå vernenivået, før de offentliggjøres. En slik løsning er lite hensiktsmessig, og taler for et lavt krav til investeringer for at vern skal oppnås.<sup>151</sup>

---

<sup>150</sup> HC 2000 1335

<sup>151</sup> Dette argumentet ble tillagt vekt i en avgjørelse fra Amtsgerichth Rostock 20 februar 2001 (Tyskland)

### 3.4.6 Rettstekniske hensyn

At et lavt nivå vil være enklere for aktørene å forholde seg til enn et høyt nivå, trekkes inn som et argument i den nevnte dommen fra Amtsgerichth Rostock fra 20 februar 2001. Hvis kravet er høyt, vil spørsmålet igjen bli hvor høyt.

### 3.4.7 Teorien

I teorien har det vært argumentert både for et høyt investeringskrav og et lavt.<sup>152</sup> De fleste argumenterer imidlertid for et lavt krav.<sup>153</sup>

### 3.4.8 Konklusjonen

De fleste argumentene trekker i retning av at relativt lavt krav til investeringsnivået for at databasene skal få vern. Selv om en database ikke er et resultat av store investeringer, kan databasen likevel ha et beskyttelsesbehov. Det ingen grunn til at andre enn fremstilleren skal kunne utnytte de investeringene som ligger i jobben som er gjort med å samle og bearbeide innholdet. Hvis man vil gjøre bruk av informasjonen får man enten betale det databasefremstilleren forlanger eller gjøre jobben med innsamlingen og struktureringen selv.

---

<sup>152</sup> Westkamp (2003) s. 783 mener et høyt investeringskrav må legges til grunn.

<sup>153</sup> Leistner (2000) og (2002), Lehmann (1998), Hackeman sitert av Jensen (1999) på s. 79.



## 4 Litteraturliste

Andersen, Mads Bryde. (2001) *IT-retten* – 1. udgave - København : Forlaget IT-retten 2001.

Davidson, Mark J. (2003) *The Legal Protection of Databases*, Cambridge University Press 2003.

Derclaye, Estelle.(2004) *Databases: Sui Generis Right; Should we Adopt the Spin-off Theory?* I: European Intellectual Property Review; EIPR Vol. 26 Issue 9 2004 s. 402.

Derclaye, Estelle. (2005 I) *Database Sui Generis Right; What is a substantial Investment? A Tentative Definition*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law; IIC Vol. 36 2005 s. 2.

Derclaye, Estelle. (2005 II) *The Court of Justice interprets the database sui generis right for the first time*. I: European Law Review, ELR Vol. 30 2005 s. 420

Gastner, Jens L. (1997) *The New EU Directive Concerning the Legal Protection of Databases*. I: Fordham International Law Journal Vol. 20. No. 4. April 1997 s. 1129.

Hugenholtz, Bernt. (1998) *Implementing the European Database Directive*. Jan J.C. Kabel and Gerard J.H.M. Mom (eds.), Intellectual Property and Information Law, Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1998 s. 183.

Hugenholtz, Bernt.(2003) *Program Schedules, Event Data and Telephone Subscriber Listings under the Database Directive*. Paper presented at Fordham University School of Law, Eleventh Annual Conference on International IP Law & Policy, New York, 14-25 April 2003. Publisert på internettssidene til Institute for Information Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html>

Hugenholtz, Bernt. (2004) *Abuse of Database Right, Sole-source information banks under the EU Database Directive*. Foredrag holdt under konferansen:, ‘Antitrust, Patent and Copyright’, École des Mines/UC Berkeley, Paris, Januar 15-16, 2004. Publisert på internettssidene til Institute for Information Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html>

Hugenholtz, Bernt og Davidson, Mark J. (2005) *Fotball fixtures, horse races and spin-offs: the ECJ domesticates the database right*. I: European Intellectual Property Review; EIPR Vol. 27, issue 3 2005 s. 113.

Hugenholtz, Bernt. *The database right file*. Publisert på internettssidene til Institute for Information Law, University of Amsterdam. <http://www.ivir.nl/files/database/index.html>

Jensen, Henrik A. (1999) *Sui generis rett – betydningen av begrepene «gjengivelse» og «viderebruk» med forutsetning om en «vesentlig investering» vurdert «kvalitativt og/eller kvantitativt» i databasedirektivet*. I: NIR 1999 s. 64.

Karnell, Gunnar. (1999) *49 § URL – en EG-rättsvidrig skvader?*. I: NIR 1999 s. 53.

Lehrmann, Michael.(1998) *The European Database Directive and it's Implementation into German Law*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law, IIC Vol. 29 1998 s. 776.



Leistner, Matthias. (2000) *The Legal Protection of Telephone Directories Relating to the New Database Makers's Right*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law IIC Vol. 31 2000 s. 950.

Leistner, Matthias. (2002) *Legal Protection for the Database Maker – Initial Experience from a German Point of View*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law IIC Vol. 33 2002 s. 439.

Lorentzen, Lisa Vogt. (2002) *Databasevern, Sui generis-vern av sammenstillinger etter gjennomføringen av databasedirektivet i åndsverkloven § 43*. Complex 12/02, Institutt for rettsinformatikk UiO.

Lorentzen, Lisa Vogt. (2005) *Avklaring om databasevernet*. I: Lov&Data 2005 nr. 81 s. 1

Maurer, Hugenholtz og Onsrud. (2001) *European Database Experiment*. I: Science Compass Vol. 264 26. oktober 2001. Publisert på internettssidene til Institute for Information Law, University of Amsterdam, <http://www.ivir.nl/staff/hugenholtz.html>

Sejersted, Fredrik ....[et. al.] (2003) *EØS-rett*. 2 utg. Universitetsforlaget 2003.

Steiner, Josephine og Woods, Lorna. (2003) *Textbook on EC Law*. 8. utgave Oxford University Press 2003.

Westkamp, Guido (2003) *Protecting Databases Under US and European Law – Methodical Approaches to the Protection of Investments Between Unfair Competition and Intellectual Property Concepts*. I: International Review of Intellectual Property and Competition Law IIC Vol 34 s. 772, 2003.

## **5 ANDRE KILDER**

### **Lover**

- Åndsverkloven: Lov av 12. mai 1961 nr 2 om opphavsrett til åndsverk m.v.  
Endringsloven: Lov av 16. april 1999 nr 19 om endring av åndsverkloven  
EØS-loven: Lov av 27. november 1992 nr 109 om gjennomføring i norsk rett av EØS-avtalens hoveddel.

### **Direktiv**

- Databasedirektivet: Direktiv 96/9/EØF om rettslig vern av databaser  
Programvaredirektivet: Direktiv 91/250/EØF om rettslig vern av programvare

### **Andre folkerettslige tekster**

- EØS-avtalen: Avtale om de europeiske økonomiske samarbeidsområde.  
ODA: Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.  
EØS-besl. nr. 59/69: EØS-komiteéns beslutning nr. 59/69 av 25. oktober 1996 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVII (Opphavsrett) kap 1 og 6 ved innlemmelse av databasedirektivet

### **Dommer**

#### Norge

- Dom av 12. desember 1997 (Løten-dommen) publisert i Rt. 1997 s. 1954  
Dom av 11. november 2002 (God morgen-dommen) publisert i Rt. 2002 s. 391

## **Andre land<sup>154</sup>**

### Frankriket

Le Monde mot Microfor – Cour de Cassation 9 November 1983, Droit de l'informatique 1984/1, 20;

Le Monde mot Microfor – Cour de Cassation 30 October 1987, Droit de l'informatique 1988/1, 34.

France Telecom v MA Editions Com – Court of Paris, 18 juni 1999

Groupe Miller Freeman mot Tigest – Paris CFI 22 juni 1999

Cadremploi mot Keljob – Paris CFI, 3rd chamber, 5. september 2001

### Nederland

KPN mot Denda International med flere – Appellretten i Arnhem, 15. april 1997,

KPN mot XSO – Presidentens Distriktsrett i Haage, 14. januar 2000

National Newspapers mot Eureka Internetdiensten V.O.F med flere – Presidentens Distriktsrett Rotterdam, 22. august 2000; “kranten.com”,

NVM mot De Telegraaf – Presidentens Distriktsrett Hague, 12. september 2000 “El Cheapo”. Appellretten i Hague, 21. desember 2001, Nederlands høyesterett 22. mars 2002.

Wegner mot Hunter Presidentens – Distriktsrett Groningen 18. juli 2002.

### Belgia

Union Nationale des Mutualités Socialiste mot Belpharma Communications – Court of First Instance (CFI) 16 Mars 1999

### Tyskland

Tele-Info-CD – Den Tyske Føderale Høyesterett (Bundesgerichtshof) sak nr. I ZR 1999/96

---

<sup>154</sup> Dommene fra andre Europeiske land er hentet fra oversikten Hugenholtz har laget på internettsidene til Institute for Information Law, University of Amsterdam <http://www.ivir.nl/files/database/index.html>, og Derclaye (2004)

Kidnet.de mot Babynet.de – Cologne District Court 25 august 1999

Amtsgerichth Rostock 20 februar 2001

### England

British Horseracing Ltd. Mot William Hill Organization High Court of Justice, 9 februar 2001 (sak nr. HC 2000 1335)

### USA

Feist Publications, inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc, – 111 S.Ct 1282 (1991)

### **EFTA domstolen**

REC 1997 s. 127 Maglite-dommen

### **EF-domstolen**

Sak C- 205/89 Magill-dommen

Sak C- 355/96 Silhouette-dommen

Sak C- 46/02 Veikkasus-dommen

Sak C- 203/02 William Hill-dommen

Sak C- 338/02 Svenska Spel-dommen

Sak C- 444/02 OPAP-dommen

### **Forarbeider**

### Norske

Innstilling 1950. Innstilling til lov om opphavsrett til litterære og kunstneriske verk.

Ot.prp.nr. 26. (1959-1960) Lov om opphavsrett til åndsverk

Ot.prp.nr 85. (1997-1998) Endringer i åndsverkloven (gjennomføring av EU-direktiv om rettslig vern av databaser

### Direktivet

Com (88) 172 Den Europeiske Unions Kommisjon, Grønnbok om opphavsretten og den teknologiske utvikling - spørsmål vedrørende opphavsrett som krever øyeblikkelig handling

Com (92) 24 Forslag til Rådets direktiv om rettslig beskyttelse av databaser

A3 – 183/93 Tilleggene fra 1993

Com (93) 464 Endret forslag til Rådets direktiv om rettslig beskyttelse av databaser

C 288/20 30.10.95 Common Position of the Council

A4 – 290/95 Tilleggene fra 1995

## **6 Lister over tabeller og figurer m v**

FIG. 1.1 Forholdet vern – krenkelse

FIG 1.2 Kvalitative og kvantitative vesentlighetsvurderingen

FIG 2.1 Skillet produksjon og innsamling